

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA VIRADA
LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: o inciso IV, §1º, art. 489, do novo Código de
Processo Civil**

**CURITIBA
2016**

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA VIRADA
LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: o inciso IV, §1º, art. 489, do novo Código de
Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. LUIZ OSÓRIO MORAES
PANZA

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: o inciso IV, §1º, art. 489, do novo Código de Processo Civil

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

Ao meu marido e à minha família que me apoiaram em todos os momentos dessa jornada.

“Aqueles incapazes de sentir em si mesmos a pequenez das coisas grandiosas tendem a ignorar nos outros a grandiosidade das pequenas coisas”.

Kakuzo Okakura em O Livro do Chá

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: da filosofia da consciência à filosofia da linguagem.....	11
3	PRAGMÁTICA UNIVERSAL DE HABERMAS.....	18
4	O PROBLEMA DA IMPRECISÃO DA LINGUAGEM NO DIREITO.....	26
5	O MOMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO.....	31
6	A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	38
7	A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: as modificações do art. 489, §1º, inciso IV, do novo Código de Processo Civil.....	42
8	CONCLUSÃO.....	53
9	REFERÊNCIAS.....	58

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de analisar a motivação das decisões judiciais a partir das implicações da virada linguístico-pragmática no direito. A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem rompeu com o paradigma de verdade como correspondência com a realidade. A verdade, com a teoria de Habermas, passou a ser vista como uma construção da comunidade de intérpretes. Os enunciados normativos tem uma pretensão de correção que pode ser verificada argumentativamente, de acordo com uma maior correspondência às situações ideais de fala. O Código de Processo Civil, em seu art. 489, procura reforçar o pensamento pós-positivista na decisão judicial. O seu §1º, inciso IV, coloca a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pelo magistrado. Tal exigência coloca a decisão judicial em uma perspectiva de construção intersubjetiva da aplicação do direito (de acordo uma teoria de verdade consensual), para a qual se faz essencial a efetivação de um processo judicial efetivamente dialógico.

Palavras-chave: decisão judicial, motivação das decisões judiciais, virada linguístico-pragmática, argumentação, aplicação do direito, filosofia da linguagem.

1 INTRODUÇÃO

A análise do momento de aplicação do direito é de suma importância para a teoria das decisões judiciais, pois neste momento, ao contrário do que pensava o positivismo jurídico, há uma recriação do direito. A decisão judicial não é um mero exercício silogístico, uma simples e clara subsunção do fato à norma.

A elaboração de uma norma não encerra o problema do direito, mas sim o inicia. A racionalidade iluminista, pós-revolução francesa, acreditava que a vontade do rei poderia ser substituída pela vontade da lei, vinculando todas as situações sociais ao império da lei. O positivismo jurídico buscava um direito avalorativo, pautado nos expressos ditames legais. Neste ambiente, o juiz não seria mais do que “a boca da lei”, sendo a decisão judicial mera resposta lógica do sistema.

Essa resposta positivista para o problema da limitação do poder discricionário do juiz gerou grandes incongruências. O aumento da codificação não foi eficaz para balizar o trabalho do julgador. As respostas abstratas previamente dadas pelo sistema não conseguiam prever todas as infindáveis situações de aplicação, logo, como o juiz não poderia se abster de ofertar a jurisdição, as situações sem respostas eram decididas sem qualquer critério a orientá-las, totalmente discricionárias.

A inconsistência da aplicação da norma não reside apenas em casos difíceis, ela se encontra até mesmo nos casos fáceis em que aparentemente o silogismo é claro. A inconsistência da norma é natural à própria linguagem que usamos. A norma é fruto dessa linguagem compartilhada que construímos em sociedade e, assim como a nossa linguagem compartilhada, ela não possui um sentido unívoco.

Jacques Derrida¹ afirma ser impossível controlar uma experiência única e irrepetível por meio de uma norma geral e abstrata. A aporia da aplicação do direito consiste em respeitar a lei e, ao mesmo tempo, recriar o direito como única possibilidade de decisão para um fato novo e impensado.

Não obstante a verificação dessa aporia, a atividade jurisdicional não pode ser discricionária. Ela precisa ser limitada pela própria linguagem. O direito deve ser recriado no momento da aplicação, mas tal recriação não pode ser delegada ao juiz de maneira individual, como a racionalidade iluminista pensava. A racionalidade individual não é capaz de encontrar uma verdade universalmente aplicável, por isso

¹ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

o direito deve ser recriado de maneira compartilhada, para que uma decisão justa possa emergir do diálogo entre os envolvidos na situação analisada.

A proposta de criação de um processo mais cooperativo², trazido pelo novo Código de Processo Civil, tem como ideal um maior diálogo entre as partes, como pressuposto de uma linguagem construída.

As disposições do novo Código de Processo Civil, em especial o art. 489, §1º, inciso IV, demonstram uma preocupação com o diálogo como forma de controle da discricionariedade judicial e da construção de um direito mais coerente e íntegro.

Uma vez que a aplicação do direito não se resume ao conhecimento das regras jurídicas, é necessária uma compreensão do sentido do próprio ordenamento. Assim, a análise dos fundamentos filosóficos e hermenêuticos que arraigam o ordenamento jurídico é imprescindível.

A filosofia nos permite uma compreensão de como pensamos e agimos. A base para uma ciência do direito deve ser calcada num ideário filosófico compatível com a nossa atual compreensão do mundo, sob pena de estar alheio às mudanças e evoluções do pensamento.

A função de aplicador do direito conferida aos juízes não configura um trabalho meramente silogístico, de aplicação do fato à norma. É um trabalho de criação e recriação do direito e, por isso, deve vir com um grande encargo argumentativo, na medida em que a justificação para a aplicação do direito não deve ser discricionária.

Primeiramente, no capítulo 2, será analisada a virada linguístico-pragmática e as suas repercussões na transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem.

Após, o capítulo 3 trará uma abordagem habermasiana, que consegue transpor o relativismo trazido pela filosofia da linguagem com o conceito de “verdade consensual”.

Nos capítulos 4 e 5, serão analisadas as repercussões que a filosofia da linguagem gerou, especificamente, na filosofia jurídica, abordando-se o problema da imprecisão da linguagem no direito e aprofundando-se no momento da aplicação do direito.

No capítulo 6, se trará a importância da argumentação jurídica na decisão judicial. Nesta análise, não foram objetos de estudo as teorias da argumentação jurídica em si, mas sim a necessidade de uma argumentação racional das decisões judiciais e a sua necessária interpenetração com um processo dialógico.

² Art. 6º e art. 10, L. 13.105/2015, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489%C2%A71. Acesso em 14/10/2016.

Finalmente, o capítulo 7 analisará a motivação da decisão judicial no novo Código de Processo Civil. Especificamente, será trabalhado o seu inciso IV, §1º, e a necessidade de uma racionalidade intersubjetiva na decisão judicial.

2 A VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: da filosofia da consciência à filosofia da linguagem

O pensamento jurídico pós-positivista propõe uma abertura no sistema fechado de normas proposto pelo positivismo jurídico³. No pós-positivismo, em suas diversas correntes, o direito se mostra entremeado pelas diversas disciplinas e conhecimentos. Essa abertura demonstra uma sinceridade para com a ciência jurídica, evitando “tampar” influências que antes eram ignoradas com a pretensão de encontrar uma resposta simples, logicamente dedutível, para os problemas apresentados.

Entretanto, a abertura do sistema exige que se encontrem maneiras de, ainda dentro de um sistema aberto, limitar a aplicação da lei. Dessa forma, surge a necessidade de limitação dos discursos normativos.

A filosofia da linguagem promoveu uma ruptura com o pensamento platônico⁴ e aristotélico⁵, que imperava desde então, de que seria possível um

³ Nesse sentido, podemos ver a concepção de direito como um sistema fechado de normas na teoria pura do direito de Kelsen: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (...) Quando a teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia e a sociologia], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-2

⁴ De acordo com Manfredo A. de Oliveira: “Aqui está a tese fundamental de Platão e de toda filosofia do Ocidente: ele presente, como essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge verdadeira realidade (*alétheia ton ontem*) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem a *mediação linguística*. A linguagem é reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se faz independentemente dela. O puro pensar, a contemplação das Ideias, é para Platão um diálogo sem palavras, da alma consigo mesma (*sofista* 263 d). A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma *função designativa*: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela”. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 22.

⁵ Apesar do pensamento Aristotélico implicitamente aceitar que não há como acessarmos o mundo dos fatos sem a mediação linguística (posição tomada na filosofia contemporânea da linguagem), ele prevê um distanciamento entre o pensamento e a linguagem: “Aristóteles realiza aqui um espécie de reflexão transcendental, determinando a estrutura do real como condição de possibilidade do pensamento, do discurso interior e do discurso proferido, que é a linguagem. Em suas reflexões explícitas, portanto, sobre a linguagem humana Aristóteles permanece no nível da distância entre linguagem e pensamento, sendo a linguagem, como em Platão, um instrumento imperfeito e, por isso, sempre ultrapassável. OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

conhecimento real do mundo. Nesse sentido, a linguagem não passaria de um instrumento para expressar a essência das coisas⁶.

Para a filosofia da linguagem, em sua vertente pragmática, a relação entre a verdade (ou o mundo fático) e a linguagem é a de união, e não a de separação. Há uma contaminação inexorável entre a linguagem e a verdade:

Nosso contato com a realidade encontra-se, desde sempre e desde já, linguisticamente estruturado. Não há como escapar da linguagem, não há um 'fora' da linguagem, nem pensamentos 'pré-linguísticos'. Todas as oposições que estruturam nosso pensamento são oposições linguísticas e nada pode ser 'pensável' sem elas. O 'mundo da vida', seja ele entendido como o conjunto de referências possíveis ou como 'tudo que é o caso', ou ainda como 'rede de interlocução', esse 'mundo' é, ele mesmo, linguisticamente estruturado⁷.

Assim, a virada linguística retira do centro da filosofia o sujeito e coloca a linguagem, e suas repercussões intersubjetivas, como ponto de partida para solucionar os problemas filosóficos.

A filosofia da linguagem passa por duas correntes distintas: a linguística analítica e a linguística pragmática. Enquanto a linguística analítica se preocupa com a análise dos enunciados linguísticos e suas estruturas lógicas, a linguística pragmática se ocupa com o processo de significação. Esta linguística pragmática⁸ foi a responsável por efetuar a verdadeira “virada” linguístico-pragmática.

Assim, a pragmática linguística conseguiu operar a “virada” ao buscar estudar a linguagem em ação, e não apenas uma linguagem ideal. Neste sentido, ao investigar a linguagem concreta, o “ato de fala”⁹ se torna uma nova unidade de significação, com todos os seus múltiplos contextos e usos.

De acordo com a pragmática linguística, a linguagem possui uma função comunicativa para além das funções cognitivas e expressivas. Assim, “a linguagem é

⁶ De acordo com NIGRO: “Para a concepção tradicional, de Platão a Husserl, a linguagem é compreendida como mero suplemento das ideias, incapaz, portanto, de expressar a essência das coisas”. NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. In: Direito, Estado e Sociedade. N. 34. Jan-jun. 2009, p. 178.

⁷ NIGRO, op. cit., p. 179.

⁸ A virada linguístico-pragmática foi efetuada, principalmente, pela segunda fase de Wittgenstein (das Investigações Filosóficas). OLIVEIRA, 1996, p. 34.

⁹ Terminologia adotada por Austin que, ao analisar os determinados usos da linguagem, elabora um sistema conceitual mais específico do que o conceito de “jogos de linguagem” em Wittgenstein. Alexy conceitua os “atos de fala” como “ações que se realizam dizendo algo”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64.

definida como uma ação humana, uma atividade, um processo contínuo que não pode ser analisada como um objeto, mas sim, compreendida pelos falantes que dela participam”¹⁰.

Dessa forma, a linguagem nos constitui de tal maneira que rege nossos pensamentos. Tanto que, mesmo nossos pensamentos são realizados em forma de linguagem. Ela também, em seu papel comunicativo, constitui requisito para a intersubjetividade, é condição de diálogo e comunicação na sociedade.

Como nosso mundo é linguisticamente compartilhado, estamos todos unidos por esta construção social linguística. Não é possível uma individualidade “pura”, que seja fruto de uma consciência intocada pelos padrões sociais da linguagem.

Para Wittgenstein, a linguagem não pode ser pensada como portadora de significados claros. Para esta concepção, cada significado possui uma palavra atribuída, ou seja, “as palavras colam-se, como etiquetas, às respectivas referências”¹¹.

Em nossa linguagem, muitas vezes temos em mente algo que não queremos dizer:

*Quando dizemos, quando temos em mente que a coisa é assim e assim, não nos detemos com o que temos em mente em algum lugar distante do fato: mas temos em mente isto e isto-assim e assim-é – Mas pode-se exprimir este paradoxo (que tem forma de evidência) também assim: pode-se pensar o que não é o caso*¹².

Este “ter em mente” é um estado mental interior que capta significações independente das proposições linguísticas. São entidades mentais independentes da linguagem que variam de acordo com as “vivências” de cada um em determinadas situações.¹³

Para Wittgenstein¹⁴, nosso pensamento seria envolto por um “halo”, qual seja, as noções das possibilidades que temos do mundo. Este “halo”, esta ordem de

¹⁰ NIGRO, 2009, p. 183.

¹¹ NIGRO, op. cit., p. 189.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 9ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 67.

¹³ NIGRO, op. cit., p. 189.

¹⁴ A doutrina filosófica em geral separa as duas posturas assumidas por Wittgenstein em “o primeiro Wittgenstein” e “o segundo Wittgenstein”. O primeiro Wittgenstein apresenta a teoria da linguagem em seu livro *Tratado lógico-filosófico* de 1922, no qual descreve a função da linguagem como a de “representação do mundo”. Neste livro, Wittgenstein trata a linguagem de maneira mais analítica, marcando o positivismo lógico. O segundo Wittgenstein (com base na publicação póstuma do livro *Investigações Filosóficas*, em 1953, que se trata de um conjunto de reflexões dos seus últimos 15 anos) opera a verdadeira virada linguístico-pragmática ao analisar os usos da linguagem nos chamados *jogos de linguagem*. LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 9ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 07.

possibilidades, é “anterior à toda experiência; tem que perfazer toda a experiência; a ela mesma não se pode aderir nenhuma opacidade ou insegurança empírica”¹⁵. Esta lógica de pensarmos que existe uma ordem perfeita para todos os significados do mundo impede de vermos as coisas como elas são.

Contrariando a nossa lógica, as proposições não possuem um único significação cristalino. Elas cambiam de significado conforme nós alteramos nossas posições e nossas perspectivas. Há uma delimitação imprecisa das palavras e proposições que usamos. Se pensarmos nesta fluidez das regras dos “jogos de linguagem”, poderíamos dizer que estes jogos são imperfeitos. Não obstante, contaminamos a proposição “jogos” com ideais de “perfeição” e “fechamento” que nos impedem de ver o sentido real da palavra “jogos”¹⁶. Nota-se que temos a tendência de “sublimar a lógica de nossa linguagem”¹⁷.

*Pode-se dizer que o conceito ‘jogo’ é um conceito de contornos imprecisos. – ‘Mas um conceito impreciso é, por acaso, um conceito?’ – Uma fotografia desfocada é, por acaso, o retrato de uma pessoa? Bem, pode-se substituir sempre com vantagem um retrato desfocado por um nítido? Frequentes vezes não é o retrato desfocado precisamente aquilo de que mais precisamos?*¹⁸.

Os jogos de linguagem não podem ser descritos, e nem devem, de maneira límpida e clara¹⁹. Nem por isto, esta descrição imperfeita está falha. A necessidade de pensarmos em algo de maneira lógica e fechada, com regras e delimitações exatas, turva nossa compreensão sobre como funciona a linguagem.

As proposições e os significados nos jogos de linguagem não se equivalem exatamente de acordo com regras totalmente delimitadas. Entretanto, Wittgenstein questiona se existem, de fato, situações totalmente delimitadas por uma regra. As regras sempre permitem margem duvidosas, sempre existem situações que escapam dos orifícios da regra. As regras inferem apenas orientações e não caminhos totalmente pré-dispostos²⁰.

As proposições sempre estão influenciadas pelo que “temos em mente”, pelos nossos ideais: “as regras rígidas e claras da construção da proposição

¹⁵ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 67.

¹⁶ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 68.

¹⁷ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 36.

¹⁸ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 54.

¹⁹ Conforme Alexy sobre a ideia de *jogos de linguagem* em Wittgenstein: “o conceito de jogo de linguagem não é discutido de maneira sistemática nem definido em termos precisos. Ao contrário, ele apresenta uma multiplicidade de indicações e exemplos que, às vezes, chegam a confundir”. ALEXY, 2013, p. 59.

²⁰ WITTGENSTEIN, 2014, p. 61.

aparecem-nos como algo escondido no fundo – no *médium* do entendimento, uma vez que entendo o signo, que tenho algo em mente com ele”²¹.

Nossas ideias estão fixadas em nosso pensamento de maneira irremovíveis, elas estão colocadas em nossa mente como um “óculos sobre o nosso nariz, e o que vemos, vêmo-lo através deles. Não nos ocorre tirá-los”²².

Para Wittgenstein, estas imperfeições da linguagem são, não só inerentes a ela, como necessárias. Se ficarmos embatendo nossos conceitos de linguagem ideal (lógica, pura e cristalina) com a linguagem real, o conflito é insustentável. Este ideal de pureza reduz a linguagem a algo vazio:

*entramos por um terreno escorregadio, onde falta o atrito, portanto, onde as condições, em certo sentido, são ideais, mas nós, justamente por isso, também não somos capazes de andar. Queremos andar. Então precisamos de atrito. De volta ao chão áspero!*²³.

Esta aparente contradição de uma “lógica” dos jogos de linguagem que não seja uma lógica rígida, para Wittgenstein, é produzida pelos nossos preconceitos de uma pureza cristalina. Estes preconceitos só podem ser eliminados por meio da reflexão sobre as nossas verdadeiras necessidades. Estão arraigados profundamente em nós e em nossa linguagem.

A filosofia da consciência se preocupava muito com o estudo do “saber”, “ser”, “objeto” e “eu”. Acreditava que “se eu fosse capaz de ajustar meu olhar *com toda precisão* neste fato e conseguisse pô-lo em foco, eu teria que aprender a essência da coisa”²⁴. Entretanto, enquanto se acreditava estar seguindo a essência das coisas, alcançava-se, na verdade, apenas a forma pela qual contemplamos essas coisas.

A “certeza” das coisas não é alcançável pelos nossos padrões (preconceitos) pelos quais vemos o mundo. Por isso sempre existem significados ocultos nas proposições. Os termos são vagos, indeterminados. São expressões nas quais as regras de interpretação não conseguem alcançar uma solução. Logo, a simples análise das proposições não é suficiente. É necessário uma análise do uso dessas proposições, pois o contexto é indispensável. Assim, o processo de significação

²¹ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 69

²² WITTGENSTEIN, op. cit., p. 69.

²³ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 70.

²⁴ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 72.

aparece desvinculado do seu referencial no mundo exterior e vinculado à representação que fazemos dele:

o significado de um enunciado depende do uso que fazemos dele nos diversos contextos. A noção de uso exerce, assim, a função de 'fundamento sem fundamento' da significação e a investigação filosófica de orientar-se para a descrição de tais usos²⁵.

Ao quebrar a ligação entre proposição e significado, Wittgenstein abre a porta para uma análise mais profunda do uso concreto da linguagem. Não é possível separar realidade e linguagem, assim, o “uso da linguagem é uma forma de ação no real e não uma mera descrição da realidade”²⁶. Ao se analisar o ato de fala, percebemos os sentidos ocultos por trás dela: de persuasão, mobilização, transformação.

A nossa “compreensão” de algo não pode ser demonstrado ou verificado. É um processo psíquico que se esconde por trás de algumas percepções simples, mas que não podem ser generalizados:

estamos tentando apreender agora, o processo psíquico da compreensão que, ao que parece, esconde-se por detrás daqueles fenômenos concomitantes mais rudimentares e que por isso nos chamam a atenção. Mas isto não dá resultados. Ou dizendo mais corretamente: não se chega, absolutamente, a uma tentativa real. Pois, mesmo supondo que eu tenha encontrado algo que ocorrera em todos aqueles casos de compreensão, - por que isto deveria ser a compreensão? Sim, como é que o processo da compreensão pode estar escondido, se eu de fato disse 'agora compreendo', porque compreendi?! E se digo que ele está escondido, - como sei, pois, o que tenho de procurar? Estou confuso²⁷.

As situações nas quais “compreendemos”, ou “sabemos continuar” (como diria Wittgenstein) ocorrem apenas nas circunstâncias em que vivenciamos. Quando achamos que compreendemos, vislumbramos apenas o que conseguimos representar. Não há como afirmarmos, ou comprovarmos, que representamos tudo o que poderia ser representado.

Logo, uma regra não pode ser tida como perfeita, como fundamento dela mesma, pois nossa compreensão de uma proposição nunca será completa. A linguagem deve ser compreendida como permeada de vivências, individuais e

²⁵ NIGRO, 2009, p. 192.

²⁶ NIGRO, op. cit., p. 194.

²⁷ WITTGENSTEIN, 2014, p. 87-88.

coletivas, que alteram seus significados de maneira indissolúvel. Entre compreensão, significante e significado não há uma ordem lógica que os conecte.

Tal fluidez das regras dos jogos de linguagem atinge diretamente nossa ideia de “direito” como regras positivadas. Ao se constatar que o legislador não só não consegue prever todas as hipóteses de aplicação, como também não consegue dizer exatamente o que “tem em mente” e que os indivíduos não conseguem compreender totalmente uma proposição, a ideia de direito como um sistema fechado de regras (ou “puro”) cai por terra. A própria linguagem, que é ponto inicial e final de nosso pensamento, é permeada de preconceitos e vivências que impedem o seu regramento de forma lógica (no sentido de clara e perfeita).

A “aspereza” que Wittgenstein encontra nos jogos de linguagem é inerente, e necessário, ao direito. Ao delimitar uma regra, ao dar contornos totalmente precisos para um discurso jurídico abstrato, temos a exclusão de todas as hipóteses de aplicação que, mesmo aparentemente compreendida, não foram nem sequer imaginadas²⁸.

O discurso jurídico falsamente tido como “puro” é vazio, pois tenta esconder as suas influências. Estas influências são determinantes para a compreensão do direito e aplicação das regras, pois o sentido destas só pode ser concebida ao analisar os discursos vivenciados no tempo, lugar e em relações intersubjetivas concretas.

²⁸ Afirma Wittgenstein: “Somente em casos normais nos é traçado claramente o uso das palavras; sabemos, não temos dúvida do que temos que dizer neste e naquele caso. Quanto mais anormal é o caso, tanto mais duvidoso se toma o que devemos dizer”. WITTGENSTEIN, op. cit., p. 82.

3 PRAGMÁTICA UNIVERSAL DE HABERMAS

A importância da linguagem, tomada do ponto de vista prático, de uma linguagem real (de seu *uso* dentro dos jogos de linguagem), se torna evidente ao analisarmos a teoria de Wittgenstein nas Investigações Filosóficas. Para além de mero instrumento de descrição da realidade, a linguagem é interligada com a realidade de maneira inexorável. Conforme Emmanuel Carneiro Leão:

Esta integração da linguagem real da vida constitui de alto a baixo toda experiência humana, em cuja força se inaugura a existência histórica das culturas. Nela mora tanto o silêncio da fala como o espanto da criação. Dela vive o estranho que atrai o conhecimento e o inesperado que alimenta de esperança as esperas. Com ela partilha o pensamento a ousadia de suas aventuras e para ela recorre a insistência das tentativas de ultrapassar os limites do real²⁹.

Partindo do princípio de que a linguagem, construída socialmente e alterada conforme o tempo e lugar, determina nosso próprio pensamento, não podemos partir de uma premissa de que nossa lógica seria capaz de alcançar a verdade das coisas. Nosso pensamento é contingencial. O indivíduo, sozinho, chega a conclusões contaminadas por vivências. Dessa forma não podemos confiar que o que representamos em nossa mente equivale ao representado no mundo dos fatos.

Para fugir de um relativismo quanto à possibilidade de verdades, Habermas busca a construção de uma pragmática linguística com pretensões universais de maneira a satisfazer esta nova maneira de entender a racionalidade, trazida pela virada linguística³⁰.

O conceito de verdade não pode mais ser o de mera adequação entre proposição e realidade³¹ (ou seja, verdade como correspondência entre o enunciado e o fato³²). Para Alexy, antes, de descartar qualquer pretensão de verdade, Habermas procura um novo conceito, no qual verdade é entendida como a conexão entre a linguagem e a justificação³³.

²⁹ LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, op. cit., p. 08.

³⁰ HABERMAS, Jurgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 48-49.

³¹ De acordo com o pensamento aristotélico: “verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é”. ARISTÓTELES. **Metafísica**. Porto Alegre: Editora Globo, 1969. 1011b25, p. 107.

³² ALEXY, 2013, p. 108.

³³ Para Alexy: “Em sua teoria consensual da verdade, Habermas afirma que as expressões normativas, como ordens (mandamentos) e valorações podem ser fundamentadas basicamente da mesma maneira que as proposições empíricas. A *verdade* das proposições empíricas corresponde à *correção* das expressões normativas”. ALEXY, op. cit., p. 107.

Para Habermas, a pragmática linguística está fundamentada em uma

concepção fortemente normativa de entendimento mútuo que opera com pretensões de validade discursivamente resgatáveis e com suposições sobre o mundo baseadas na prática formal, além de vincular a compreensão dos atos de fala às condições de sua aceitabilidade racional³⁴.

Logo, a argumentação se mostra como ferramenta adequada à busca por uma verdade “justificável”, de acordo com os preceitos discursivos. Afirma Habermas que “a argumentação permanece o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas³⁵”.

Habermas parte do pressuposto de uma verdade construída pela comunidade de intérpretes. Como nosso pensamento é moldado por uma linguagem socialmente construída, um indivíduo não pode ter a pretensão de atingir a verdade apenas por meio de sua própria lógica. Para um discurso que tenha pretensões de validade, precisamos sair do monopólio mentalista de uma racionalidade pura, para alcançar uma racionalidade intersubjetiva.

A crítica linguístico-pragmática, tal como foi recebida e desenvolvida por Habermas, desloca a questão do sentido da consciência subjetiva/monológica para a linguagem intersubjetiva/dialógica e, com isso, tenta escapar do relativismo do sentido sem recair na busca de um fundamento último³⁶.

Com a virada linguística, há um deslocamento da racionalidade. Enquanto antes esta era essencialmente centrada no sujeito e na sua capacidade cognoscente, agora esta racionalidade se encontra centrada nas relações entre os sujeitos, que interferem mutuamente na capacidade de cada um de conhecer a realidade.

Nossa capacidade de conhecer não pode mais, como supunha o mentalismo, ser analisada independentemente da capacidade de falar e agir, pois nós, também sujeitos cognoscentes, sempre já nos encontramos no horizonte de nossas práticas do mundo da vida. A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está linguisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem³⁷ logo, “no lugar da

³⁴ HABERMAS, 2004, p. 7.

³⁵ HABERMAS, op. cit., p. 48-49.

³⁶ NIGRO, 2009, p. 197.

³⁷ HABERMAS, 2004, p. 38-39.

*subjetividade transcendental da consciência entra a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida*³⁸.

Essa análise intersubjetiva permite alcançarmos um ideal de verdade que não exige uma representação do “mundo como ele é”, pois não existe “um acesso direto, não filtrado pelo discurso, às condições de verdade e convicção empíricas”³⁹. Para Habermas, a virada linguístico-pragmática nos mostra os mitos produzidos pela linguagem: “o mito do dado, o do pensamento representativo e o da verdade como certeza”⁴⁰.

A ideia de verdade em Habermas é aquela que pode ser “justificada” por meio de uma comunidade de intérpretes. A verdade, perfeitamente reconhecível no pensamento positivista por meio do agir consciente do ser humano, passa no pós-positivismo a ser construída por meio da comunidade de interpretação. “O mundo objetivo não é mais algo a ser retratado, mas apenas o ponto de referência comum de um processo de entendimento mútuo entre membros de uma comunidade de comunicação, que se entendem sobre algo no mundo”⁴¹.

Como demonstrou Wittgenstein⁴², a compreensão não pode mais ser analisada como a correspondência entre proposições e fatos. A virada linguístico-pragmática supera “de uma vez só o mentalismo e o modelo cognitivo de espelhamento da natureza”⁴³.

Para esta concepção mentalista, o sujeito era detentor do poder de conhecer o mundo, pois, sozinho, poderia chegar à verdadeira realidade dos fatos. Este poder da consciência do sujeito tinha aspirações a encontrar as “verdades universais”, por meio de uma racionalidade teórica científica.

Já na concepção de uma comunidade de intérpretes, não basta a mera racionalidade teórica para solucionar os fatos, sendo necessária uma análise prática do nosso conhecimento do mundo e de seu contexto linguístico. Com esta virada linguístico-pragmática “a autoridade epistêmica da primeira pessoa do singular, que inspeciona seu interior, é transferida para a primeira pessoa do plural, para o ‘nós’ de uma comunidade linguística, diante da qual cada um justifica suas concepções”⁴⁴.

³⁸ HABERMAS, op. cit., p. 39.

³⁹ HABERMAS, op. cit., p. 48-49.

⁴⁰ HABERMAS, op. cit., p. 233.

⁴¹ HABERMAS, op. cit., p. 234.

⁴² WITTEGENSTEIN, 2014, p. 87-88.

⁴³ HABERMAS, 2004, p. 234.

⁴⁴ HABERMAS, op. cit., p. 235.

Para Habermas, “a linguagem e a realidade se interpenetram de uma maneira *indissolúvel*”⁴⁵ para os seres humanos. A verdade, tão aspirada pelos sujeitos, só pode ser explicada por meio de discursos:

*E, como a verdade de opiniões e sentenças só pode, por sua vez, ser explicada com o auxílio de outras opiniões e sentenças, não podemos fugir à ascendência de nossa linguagem. Esse fato sugere um conceito antifundamentalista de conhecimento e um conceito holístico de justificação. Como nossas sentenças não podem ser confrontadas com nada do que já não está impregnado pela linguagem, é impossível fazer sobressair enunciados de base que seriam de tal modo privilegiados que poderiam se legitimar por si mesmos e servir a uma cadeia linear de justificação*⁴⁶.

Dessa maneira, Habermas demonstra que é possível aceitar a ausência de uma verdade como certeza, sem cair no relativismo moral. As proposições, naturalmente indefinidas de acordo com a virada linguístico-pragmática, podem ter pretensões de justificação por meio de uma pragmática universal⁴⁷ que as analise de um ponto de vista intersubjetivo, por meio de uma comunidade de intérpretes.

De acordo com Alexy, para a teoria consensual da verdade “eu só posso atribuir um predicado a um objeto se também qualquer outro que puder entrar num diálogo comigo atribuir ao objeto o mesmo predicado”. Assim, “a condição de verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais”⁴⁸.

Nesse sentido, a argumentação se mostra como pressuposto de validade para discursos, especialmente o jurídico.

Alexy coloca que a teoria da verdade consensual de Habermas se fundamenta na “doutrina das pretensões de validade implícita nos jogos de linguagem”⁴⁹. Para ser bem sucedido, este jogo de linguagem pressupõe quatro pretensões de validade: a inteligibilidade, a verdade, a correção e a veracidade.

Enquanto a pretensão de inteligibilidade vale para todos os tipos de atos de fala, as demais pretensões dependem da espécie de discurso. A pretensão de verdade está presente nos atos de fala constatativos (descritivos). Por sua vez, os atos de fala regulativos (normativos) possuem a pretensão de correção. Finalmente,

⁴⁵ HABERMAS, op. cit., p. 242.

⁴⁶ HABERMAS, op. cit., p. 242.

⁴⁷ Nesse aspecto, a pragmática universal de Habermas significa que um discurso racional deve ser analisado de maneira universal, pois as regras são passíveis de fundamentação, e pragmática, na medida em que tais regras discursivas vão para além da regulação do uso semântico da linguagem e analisam a relação entre os falantes. ALEXY, 2013, p. 127.

⁴⁸ ALEXY, op. cit., p. 108.

⁴⁹ ALEXY, op. cit., p. 113.

os atos de fala representativos (os que expressam uma intenção, ação do falante) possuem a pretensão de veracidade⁵⁰.

O ato de fala que nos interessa aqui seriam os regulativos, pois aplicáveis à ciência do direito. Para tais atos, a pretensão de correção só pode ser verificada discursivamente. A pretensão de correção não se relaciona com o conteúdo da sua proposição (como nos atos descritivos), mas sim com o seu conteúdo performativo. Este conteúdo performativo deve ser “comprovado para se verificar se ele pode ser considerado o ‘cumprimento’ de uma norma justificada”, assim, “por exemplo, uma ordem deve poder ‘ser justificada com referência a uma norma válida que confira a competência para dar ordens’”⁵¹.

Os atos de fala regulativos podem ser separados entre “julgar o que é feito” e “julgar o que é dito”. Dessa maneira, são distintos: os julgamentos de se uma ordem foi elaborada dentro de sua competência; e os julgamentos quanto à correção do que foi ordenado.

Alexy exemplifica dizendo que “uma regra que confere competência para dar ordens a um suboficial é algo diferente de uma regra que diz como deve ser boa uma ordem em uma determinada situação”⁵². Assim, Alexy separa dos atos de fala regulativos apenas aqueles que podem ter como significado “uma proposição normativa (juízo de valor ou de dever)”⁵³.

A correção das proposições normativas pode ser alcançada por meio de um “acordo potencial” de todos os falantes. Tal acordo não é alcançável de maneira absoluta, por isso, Habermas coloca como critério de correção um “consenso fundado (ou fundamentado)”, sendo a base para tal consenso a “força do melhor argumento”⁵⁴. Para distinguirmos um “melhor” ou “pior” argumento, precisamos de um lógica discursiva.

No sentido habermasiano, a lógica do discurso é composta de atos de fala, e por isso, essencialmente pragmática. Aqui, não se preocupa com os vários enunciados, mas sim com os jogos de linguagem que ocorrem dentro de um contexto fático. O consenso fundado será aquele produzido argumentativamente de

⁵⁰ ALEXY, op. cit., p. 113.

⁵¹ HABERMAS. *Wahrheitstheorien*, 1973 apud ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 114.

⁵² ALEXY, 2013, p. 115.

⁵³ ALEXY, op. cit., p. 116.

⁵⁴ ALEXY, op. cit., p. 116-117.

maneira aberta à possibilidade de “interrogar, modificar e substituir a respectiva linguagem de fundamentação em que as experiências são interpretadas”⁵⁵.

A lógica do discurso trazida por Habermas é voltada para o discurso prático. A lógica discursiva prática é manifestada pelo princípio da universalização, no qual a razão prática se manifesta.

Em uma “situação ideal de fala”, “todos os falantes tem direitos iguais; não existe nenhuma coerção”. Neste ambiente, as normas só serão aceitas na medida em que todos a aceitem. Esta norma aceita por todos é “aquela cujas consequências diretas e indiretas para a satisfação das necessidades de *qualquer indivíduo* podem ser aceitas por *todos*”⁵⁶.

As necessidades consideradas aceitáveis por todos não são predeterminadas pela natureza⁵⁷. Elas devem ser analisadas de maneira contingente, pois são “formadas culturalmente”, “são experimentadas individualmente apenas no contexto de certas interpretações”⁵⁸. As interpretações são chamadas por Habermas de representações do mundo. Para Alexy, em vez de falarmos em representações de mundo, podemos dizer de outra forma que

*a caracterização de uma necessidade como geralmente aceitável está determinada por regras que subjazem às convicções morais surgidas historicamente e, portanto, à linguagem da moral. A exigência de Habermas de comprovação discursiva da adequação do sistema de linguagem que determina a interpretação das necessidades pode, portanto, ser entendida como a exigência de comprovação discursiva da linguagem moral*⁵⁹.

Entretanto, tal “situação ideal de fala” nunca é totalmente atingível, pois sempre haverá uma dúvida sobre a existência de coerções simuladas, as desigualdades sociais que impedem a igualdade fática entre os falantes, a impossibilidade de *todos* os interessados estarem inserido no discurso. A impossibilidade fática das condições ideais de fala não retiram a sua validade, pois elas são *ideais* e não *reais*. São situações nas quais os discursos devem se aproximar ao máximo para poderem possuir validade. São balizadores de um jogo de linguagem livre e racional.

Na fundamentação discursiva, parte-se do pressuposto de que os falantes possuem pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Assim,

⁵⁵ HABERMAS. **Wahrheitstheorien**, 1973 apud ALEXY, 2013, p. 119.

⁵⁶ ALEXY, 2013, p. 120.

⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 121.

⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 122.

⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 122.

“quem afirma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente”⁶⁰. No plano fático, vemos que muitos falantes não possuem estas pretensões em seus discursos. Ainda que afirmem juízos morais de dever, não estão dispostos a fundamentá-los. Novamente, o plano fático não impede que os discursos práticos racionais possuam pretensões de fundamentação para lhes conferir validade:

O fato de que alguém não possa ou não queira cumprir uma pretensão não diz nada sobre a existência da referida pretensão. As pretensões ligadas a atos de fala não dependem dos desejos do falante, mas sim das regras que estão na base os atos de fala” (...) “embora os falantes pressuponham uma regra que exige fundamentação, esta regra não exige que todos devam fundamentar frente a todos toda asserção e em todo o momento”⁶¹.

Enunciados que manifestam desejos ou sentimentos, por exemplos, podem não expressar seus fundamentos, mas neste caso, não se falam de juízos de valor, pois os juízos de valor (ou dever) são sempre sujeitos à pretensão de fundamentabilidade. Assim é a regra geral da fundamentação: “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”⁶². Dessa forma, um juízo de valor pode ser visto como algo para além de meras reações emocionais e pautados de acordo com a sua correção.

A fundamentação de algo pressupõe a aceitação do outro como interlocutor com os mesmos direitos, livre de coerção. Dessa maneira, a liberdade e igualdade substanciais se relacionam intimamente com as condições ideais de fala e com o princípio da universalização.

A racionalidade de um discurso está fundada na aceitação da existência de um “outro” com o mesmo *status* que o falante. Para Habermas, a universalidade e a ausência de coerção, podem ser formuladas em três *regras da razão*:

- (1) *Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.*
(...)
- (2) a) *Todos podem problematizar qualquer asserção.*
b) *Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.*
c) *Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.*
(...)

⁶⁰ ALEXY, op. cit., p. 130.

⁶¹ ALEXY, op. cit., p. 130-131.

⁶² ALEXY, op. cit., p. 132.

(3) Não se pode impedir a nenhum falante de exercer seus direitos estabelecidos em (1) e (2) mediante coerção existente dentro ou fora do discurso⁶³.

De acordo com Alexy, as regras de racionalidade de Habermas, apesar de hipotéticas, apresentam várias qualidades:

(1) um ideal que pode ser cumprido para aproximação, são (2) um instrumento de crítica das limitações injustificáveis dos direitos e possibilidades dos interlocutores e, com isso, (3) ao menos um critério hipotético e negativo sobre a correção ou verdade, e oferecem (4) uma explicação da pretensão de correção ou verdade⁶⁴.

Para Alexy, a teoria habermasiana precisaria ser adequada para o discurso normativo jurídico, pois não fornece um procedimento de como um jurista pode resolver as situações fáticas. Mesmo assim, alguns resultados já podem ser excluídos por não serem compatíveis com as regras da razão. Alexy afirma que uma regra que limite, de forma permanente, o exercício de direitos (como, por exemplo, a escravidão) seria *discursivamente impossível*. O princípio da universalidade não permite a exclusão de um falante do discurso e requer que “qualquer um deve ter em qualquer momento o direito de poder exigir a comprovação discursiva de qualquer norma”⁶⁵.

Logo, a racionalidade de um discurso – que pela doutrina mais clássica de verdade passava pelo filtro da lógica (individualmente considerada) –, na filosofia pós virada linguístico-pragmática, deve ser avaliada pela grau de inserção do princípio da universalidade. Dessa forma, a inclusão, a não coerção e a igualdade exigem a fundamentação de um discurso normativo como forma de respeito à existência do “outro”.

⁶³ ALEXY, op. cit., p. 133.

⁶⁴ ALEXY, op. cit., p. 134.

⁶⁵ ALEXY, op. cit., p. 135.

4 O PROBLEMA DA IMPRECISÃO DA LINGUAGEM NO DIREITO

Partindo das considerações filosóficas da virada linguístico-pragmática, temos que o ordenamento jurídico positivado, como linguagem, não consegue limitar suas regras interpretativas. Por mais que se tente controlar todas as situações de aplicação, a linguagem, por si só, não permite delimitações perfeitas de seu conteúdo.

Hart (em seu positivismo jurídico atenuado⁶⁶), adota a expressão “textura aberta do direito”, na qual demonstra que o direito não pode ser puro (conforme a corrente avaliativa do positivismo⁶⁷), uma vez que surgirão situações de aplicação que não estão limitadas pela linguagem da lei.

A imperfeição da linguagem humana aparece sempre que tentamos ordenar um comportamento de maneira antecipada e geral. Para Hart, essa imperfeição ocorre por duas razões: a nossa relativa ignorância dos fatos e a nossa relativa imprecisão do objetivo⁶⁸. O legislador não tem como prever todas as possibilidades de aplicação da regra abstrata, por isto, essa imprevisão acaba por comprometer a precisão dos objetivos.

Um objetivo é pensado a partir de casos claros que conseguimos prever, contudo, quando casos controversos e imprevisíveis à época da elaboração da lei surgem, os objetivos antes colocados como primordiais terão de ser analisados à luz de novos objetivos que o caso controverso coloca em pauta.

Apesar das regras não limitarem totalmente o direito, não é possível afirmar que elas não possuem nenhuma influência nele. Para Hart, as regras irão determinar o direito na maioria dos casos. Apenas na aplicação da regra em casos

⁶⁶ Ao elaborar o conceito de textura aberta do direito, Hart se distancia do modelo positivista, pois admite que o direito não é um sistema fechado de regras, já que existiriam situações que o Legislativo não conseguiria determinar ou mesmo prever. Apesar dessa abertura, seu conceito de direito continua arraigado à noção de regra jurídica. Sobre o assunto, ver: KOZICKI, KÁTIA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997, p. 146.

⁶⁷ Sobre o positivismo jurídico como abordagem avaliativa do direito: “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaliatividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa distinção destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

⁶⁸ HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

controversos, quando se evidencie a textura aberta, é que o juiz poderá decidir de maneira não vinculada à regra, ou seja, com liberdade⁶⁹.

Assim, nos casos controversos, o juiz irá decidir com liberdade, de modo a criar um novo direito enquanto aplica o direito previamente estabelecido por meio das regras. Hart ressalta que o juiz não pode decidir de maneira totalmente abstrata, entretanto, a escolha do juiz, nos casos em que não há uma resposta clara dada pelas leis, será feita de acordo com as suas próprias convicções e valores, como se fosse um legislador segundo⁷⁰.

Para o autor, nesses casos, o juiz possui uma “função legislativa inevitável”⁷¹. Entretanto, essa conclusão permite a crítica de que Hart não toma o devido cuidado em distinguir a atuação legislativa da judiciária, na medida em que admite que os juízes, em determinados casos, possam atuar como se fossem legisladores. O problema democrático de permitir com que juízes não eleitos pelo povo decidam de maneira a suprir uma atividade legislativa não é considerado relevante para Hart⁷².

Ainda que essa função legislativa secundária não seja tão ilimitada quanto a primária, pois o juiz sempre se baseia em princípios e analogias, o juiz ao final irá escolher uma resposta que não pode ser prevista pelo ordenamento e que depende das suas opções pessoais. Nesse sentido, apesar de não ser totalmente arbitrária, a resposta do juiz em casos controversos será livre.

Ao elaborar o conceito de textura aberta do direito, Hart se distancia do modelo positivista avalorativo, pois admite que o direito não é um sistema fechado de regras⁷³, já que existiriam situações que o Legislativo não conseguiria determinar ou mesmo prever. Apesar dessa abertura, seu conceito de direito continua arraigado à noção de regra jurídica.

⁶⁹ Na tradução de “O Conceito de Direito”, de Antônio de Oliveira Sette-Câmara (HART, 2009, p. 165) consta o termo “discricionário” em relação à palavra “discretion” no original (HART. H.L.A. **The concept of law**. London: Oxford University Press, 1975, p. 124). Entretanto, optamos por utilizar a palavra livre, por possuir maior coerência com o texto do autor.

⁷⁰ “haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como fazia um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções. HART, op. cit., p. 352.

⁷¹ HART, op. cit., p. 354.

⁷² GUEST, Stephen. **Two strands in Hart’s theory of law**. In: Stephen Guest (Org.). *Positivism Today*. England: Dartmouth, 1996.p. 42.

⁷³ KOZICKI, KÁTYA. 1997, p. 146.

Parece estranho que o positivismo jurídico, inclusive o de Hart - o qual limita a decisão judicial à simples aplicação das regras -, possa permitir uma atuação livre do juiz, aceitando que ele, em certos casos, decida como entender melhor. Mas a ideia positivista de reduzir o direito às regras, sendo que os direitos individuais seriam apenas planos de fundo para a aplicação das mesmas, levaria a dois resultados distintos. Por um lado o juiz deve simplesmente aplicar a lei ao caso, sem maiores questionamentos, por outro, em caso de uma lacuna na lei, o juiz deverá “escolher” (livremente) o direito aplicável ao caso.

Como positivista, Hart não acredita numa fusão entre direito e moral. O direito, para o autor, não é uma manifestação da moral e seu conceito não está vinculado a ela. Entretanto, diferentemente do positivismo de Kelsen, que, apesar de admitir a influência de matérias estranhas ao direito, procurou separar a ciência jurídica de toda influência externa⁷⁴, Hart admite que a moral influencia fortemente o direito. Nesse aspecto, ele abre o sistema jurídico para outras influências e relativiza a hegemonia das regras dentro do ordenamento.

Para o autor, a moral influencia o direito de várias maneiras. Apesar de uma regra não precisar ser considerada moral para ser válida, um sistema jurídico que não se baseie apenas na força – mas que também ilustre a moral de uma sociedade – pode ser mais estável e duradouro. Para que um controle social seja eficaz, as normas de um ordenamento devem ser inteligíveis, objetivando a compreensão e a obediência de todos, e não devem ser retroativas, admitindo-se a retroatividade apenas como exceção. Essas características das normas são intimamente relacionadas com as exigências da justiça.

A moral pode penetrar o direito também de forma direta (por meio das leis) ou indireta (através da aplicação do direito pelos juízes). Os juízes, tendo em vista a textura aberta do direito, ao interpretarem as leis acabam atuando de maneira criativa. Em situações de textura aberta, o juiz não irá simplesmente deduzir a decisão da lei, ele terá que escolher dentre os diversos valores morais envolvidos. A

⁷⁴ Nesse sentido: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (...) Quando a teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia e a sociologia], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-2.

decisão deve corresponder aos parâmetros de imparcialidade e de neutralidade, entretanto, a escolha entre os diversos valores morais será livre na medida em que, para Hart, não haveria um único princípio moral que poderia oferecer uma resposta certa:

A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer⁷⁵.

A escolha de qual princípio moral aceitar ficaria a cargo do juiz, que atuaria de maneira criativa à semelhança de um legislador. Os únicos parâmetros que o juiz deve seguir nessa escolha são a ponderação e o equilíbrio, noções que quase em nada ajudam a limitar a sua atividade.

Apesar da aceitação de uma textura aberta das regras – que confere ao direito uma maior abertura sistêmica – no positivismo de Hart a noção de regra predomina na aplicação do direito. Na maioria dos casos a aplicação será feita de maneira direta. Apenas nos casos controversos, em que se evidencie a textura aberta de uma regra, a aplicação será indeterminável e livre.

Para Stephen Guest⁷⁶, o positivismo, inclusive o de Hart, pertenceria a uma corrente que analisa o direito apenas como uma questão de fato (“*plain fact*”), ou seja, que acredita que o direito apoia-se apenas em questões de mero fato histórico. Nesse aspecto, a única divergência possível no direito seria sobre o verdadeiro teor das decisões antigas de instituições jurídicas. A disputa em torno do direito ficaria restrita ao uso correto da sua linguagem. Nunca haveria uma verdadeira controvérsia, existiria apenas uma compreensão errada do real significado da lei.

Dessa forma, essa visão do direito como “simples fato” pressupõe que existam fatos no mundo que podem ser descobertos pelo homem.

A visão da virada linguístico-pragmática do pós-positivismo, conforme visto na perspectiva habermasiana, admite que o plano dos fatos não pode ser assimilado indistintamente ao plano da linguagem. O “conhecer” o mundo é um ato arraigado nas nossas concepções sociais criadas pela própria linguagem. A verdade deve ser vista num contexto intersocial que Habermas chama de

⁷⁵ HART, 2009, p. 264.

⁷⁶ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 107.

“comunidade de intérpretes”. Assim, a verdade alcançável seria aquela formada de acordo com a teoria consensual da verdade⁷⁷.

⁷⁷ HABERMAS, 2004, p. 234.

5 O MOMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

É necessário entender a aplicação do direito como um momento distinto da elaboração de normas jurídicas, com a sua razão e ônus argumentativos próprios.

Paolo Grossi⁷⁸ reconheceu que o jurista vive, há duzentos anos, um papel secundário na criação do direito. O Estado se tornou monopolista de toda criação do direito por meio da identificação entre Estado e sociedade civil e do conteúdo da lei na vontade geral.

A ampliação do espectro de abrangência do Estado moderno é uma tentativa de correção da sua ausência de representatividade. Várias teorias democráticas tentam ampliar a representatividade do Estado por meio do maior ingresso popular dentro do sistema deliberativo. Com essa perspectiva, Carlos Santiago Nino investe na ideia da Democracia Deliberativa, que sustenta uma maior participação popular na tomada de decisões e a valorização das discussões públicas⁷⁹; Chantal Mouffe aposta numa Democracia Radical, capaz de inserir todos no debate, sem restrições de matérias, por meio de uma valorização do conflito, que ressaltaria o pluralismo político⁸⁰.

Entretanto, será que apenas uma mudança radical na forma da nossa democracia seria suficiente para resolver o problema da não identificação entre Estado e sociedade civil? Este problema estaria relacionado apenas ao momento de elaboração das normas jurídicas?

Klaus Günther demonstra a importância da aplicação e como ela é um momento distinto da criação de normas e que, por isso, devem ser tratados de maneiras diferentes. Ele demonstra como a separação entre o momento da aplicação e o momento da elaboração de normas é lógica, pois possuem objetivos distintos e mutuamente importantes. A aplicação completa a efetivação do direito ao concretizar o direito nos casos reais e específicos da sociedade. Este momento traz o direito para dentro da sociedade e permite que as complexidades e diversidades sociais sejam absorvidas pelo direito.

⁷⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷⁹ Sobre o tema, ver: NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa S.A., 1997 e GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras**. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

⁸⁰ Sobre o tema, ver: MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000 e *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

Inicialmente, Günther se depara com a seguinte questão em relação à fundamentação de uma norma: as normas podem ser fundamentadas por si mesmas, independentemente das situações de aplicação? Para responder a essa questão, o autor se baseia no princípio moral de universalização de normas, proposto por Habermas para fundamentar uma ética do discurso, segundo o qual, uma norma, para ser válida, deve satisfazer a condição de “que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos”⁸¹.

No momento da elaboração de uma norma, não é possível a previsão de todas as situações de aplicação presentes e futuras, tendo em vista a nossa limitação de tempo e de cognição. Da mesma maneira, nossos interesses dependem de interpretações e tradições que podem se alterar com o tempo. Assim, a aplicação de “U” só pode levar em consideração algumas situações de aplicação possíveis (e não todas), limitando o entendimento do que seja a satisfação de todos os interesses em todas as hipóteses.

O princípio “U” possui dois significados principais: todos os destinatários da norma a ser justificada devem observá-la e ela deve ser aplicada em todas as situações. O primeiro significado é simples, o objetivo do princípio é verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, não podendo ser reduzido o rol de destinatários que irão observá-la. A segunda é mais complexa, pois para entendê-la é necessário analisarmos o que se quer dizer com uma “aplicação geral da norma em todas as situações”.

Uma norma nunca é aplicável a apenas um conjunto de situações iguais. Ela pode ser aplicada a inúmeras situações diferentes. Por conseguinte, a expressão (contida no princípio “U”) “conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma”, não pode se referir a apenas algumas situações em que é possível aplicar a norma. Para que a norma seja válida, ela deve ser aceita por todos em todas as suas possíveis circunstâncias de aplicação.

A essência do princípio de universalização é a importância dos interesses individuais de cada um. Para evitar que os interesses individuais sejam prejudicados

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

pelos de uma maioria, todos os participantes devem se colocar no lugar dos demais e assim verificar a intensidade de todos os interesses afetados.

Por isso, não é possível se pensar na aplicação do princípio “U” de maneira monológica. A aplicação deve se dar por meio de discursos práticos nos quais todos os participantes possam, igualmente, expor seus interesses. Dessa maneira, “U” preserva a imparcialidade na consideração dos interesses dos participantes, sem a necessidade de uma restrição artificial do conhecimento, como na posição originária de Rawls⁸² em que os participantes estariam sob o véu da ignorância.

Os interesses a serem levados em consideração no momento de fundamentação de uma norma – de acordo com essa análise que estamos fazendo do princípio “U” – devem ser não apenas os interesses atuais e gerais dos participantes. Todos devem saber quais serão os seus interesses em todas as possíveis situações de aplicação da norma a ser justificada.

Günther propõe uma “versão forte” de “U” que se coadune com essa interpretação dos significados do princípio de universalização proposto pela Ética do Discurso:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente⁸³.

Sob essa interpretação forte de “U” que temos mostrado o problema da aplicação de uma norma desapareceria, pois todos os participantes, no momento da justificação (ou elaboração) de uma norma, já teriam previsto todas as suas possibilidades de aplicação. Dessa maneira,

a ponderação de uma norma diante de todas as outras aplicáveis em uma situação já seria antecipada pela aplicação de “U” àquela norma. Neste caso não teríamos apenas decidido que a norma é válida, ou seja, que ela pode ser aceita por todos os afetados como a representação do seu interesse comum, mas inclusive que essa norma é também a adequada em cada situação individual passível de sua aplicação⁸⁴.

Entretanto, essa versão forte – que objetiva garantir o princípio de imparcialidade na aplicação de uma norma em todas as suas situações – é idealista. O nosso saber não consegue abranger todos os casos de aplicação de uma norma e

⁸² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

⁸³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

⁸⁴ GÜNTHER, op. cit., p. 64.

assim subsumir o juízo de adequação ao juízo de validade da norma. Por isso, Habermas teria sublinhado uma versão mais fraca do princípio “U”⁸⁵, de maneira que deveriam ser consideradas apenas aquelas situações e consequências que resultarem de maneira previsível da observância geral da norma. Assim, o princípio “U” estaria condicionado ao conhecimento do momento atual.

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguirem prever todas as situações de aplicação não significa que a ideia de validade não possuiria mais sentido. A validade da norma possui sentido na medida em que este problema de conhecimento limitado não impede que os participantes tenham o direito de analisar as vantagens e desvantagens que podem ser previstas. Dessa maneira, a norma justificada de acordo com o princípio “U” representa um interesse comum, no momento presente e de acordo com o conhecimento possível. A observância geral de “U” não se refere a todas as situações previsíveis, mas apenas àquelas situações possíveis de prever no tempo atual.

Assim, Günther sugere uma “versão mais fraca” do princípio de universalização, na qual se desiste da intenção de conhecer antecipadamente todas as situações que uma norma seja aplicável:

*Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente*⁸⁶.

Segundo essa versão mais fraca do princípio de universalidade, no âmbito da validade não é lícito questionar sobre de que maneira uma norma será aplicada em determinada situação, apenas deve-se questionar as consequências que previsivelmente teriam um impacto sobre os nossos interesses caso a norma seja aplicada. Dessa forma, a validade apenas se refere à questão de se a norma encontra-se dentro dos nossos interesses comuns.

Já no âmbito da adequação, será analisada apenas uma situação de aplicação e não todas as hipóteses possíveis. A adequação irá restringir a versão forte de “U” a um único caso, no qual serão examinadas todas as características.

Poderia argumentar-se que sob o ponto de vista da versão mais fraca de “U”, a ideia de imparcialidade também se enfraqueceria. Entretanto, ambos planos, de adequação e de validade, representam uma determinada ideia de imparcialidade.

⁸⁵ GÜNTHER, op. cit., p. 66.

⁸⁶ GÜNTHER, op. cit., p. 67.

No plano da validade, a imparcialidade aparece no sentido universal-recíproco, segundo o qual se exige que as consequências e os efeitos previsivelmente resultantes da observância geral da norma sejam aceitos por todos. Já no plano da adequação, a imparcialidade complementa-se ao aparecer em seu sentido aplicativo, de maneira que em cada uma das situações de aplicação sejam consideradas todas as características.

É certo que não é possível que todas as características sejam verificadas, mas essa indefinição estrutural pode ter seus problemas reduzidos por meio de fundamentações racionais e de aplicações realizadas com sensibilidade. Para Günther, esta indefinição estrutural apenas “assumirá proporções catastróficas se, cegos, insistirmos na validade de uma norma e, pela emotividade passional de decisões existenciais últimas, tirarmos do nosso foco o problema da sua adequação”⁸⁷.

A versão fraca de “U” seria então uma *regra de argumentação* capaz de dotar uma norma de validade em discursos de fundamentação, enquanto nos discursos de aplicação, a pretensão de validade da norma seria combinada com uma situação determinada na qual a norma será aplicada:

*a versão fraca de “U” deveria ser compreendida como uma regra de argumentação em discursos de fundamentação, que resgatam a pretensão de validade de uma norma tendo em vista o interesse comum de todos os afetados, sob condições de um conhecimento restrito a respeito de possíveis contextos de aplicação. Mas, complementarmente a isto, nesse caso também seria possível a concepção de um discurso de aplicação que transformasse em procedimento o sentido aplicativo de imparcialidade e que tivesse como tema a adequação de uma norma a uma circunstância, em consideração a todos os sinais característicos da situação de aplicação*⁸⁸.

Os discursos de aplicação “recontextualizam” a validade da norma, por meio da consideração adequada de todos os aspectos relevantes da situação a ser aplicada. Cada nova circunstância de aplicação irá acrescentar novos aspectos que podem trazer mudanças imprevistas ao conteúdo semântico da norma para que esta considere adequadamente todos os sinais característicos da situação. Essa dinâmica de aplicação não ocorre nos discursos de fundamentação que devem estagnar a consideração do interesse comum num determinado tempo para que seja possível generalizar uma norma de acordo com as consequências e efeitos

⁸⁷ GÜNTHER, op. cit., p. 73.

⁸⁸ GÜNTHER, op. cit., p. 78-79.

colaterais da sua observância geral⁸⁹. Assim, “a correção moral de uma ação deve ser entendida em duplo sentido. Chamamos uma ação de correta porque é o resultado da aplicação *correta* (adequada) de uma norma *correta* (válida)”⁹⁰.

A diferenciação entre fundamentação e aplicação permite que a ética do discurso argumente moralmente, ainda que a compreensão dos diferentes modos de vida (diferentes contextos de aplicação) seja relativizada⁹¹. Isso porque, em se admitindo uma versão fraca de “U”, a análise de todas as situações de aplicação não precisa ser feita no momento de fundamentação de uma norma (o que não seria possível devido ao nosso tempo e conhecimento limitados). As situações de aplicação são relativizadas, pois a norma não mais generaliza todas elas numa definição abstrata fechada, pois todos os contextos, posteriormente, são analisados de maneira adequada⁹².

Os processos coletivos de aprendizagem moral precisam de um princípio capaz de nortear a consideração de novas situações e a conseqüente modificação de concepções morais ultrapassadas, que não mais podem ser justificadas. Para Günther, esse princípio é o da imparcialidade – considerado tanto no sentido universal-recíproco quando no aplicativo. Este princípio é responsável por promover um *ônus argumentativo* para aqueles que continuarem a dar um tratamento desigual apesar das novas circunstâncias⁹³. O ônus argumentativo vincula a aplicação de uma norma à consideração de todos os sinais referenciais de uma situação.

A aplicação imparcial exige que se considerem novas interpretações de uma situação que irão modificar ou revisar o conteúdo de uma norma (tendo em vista o contexto agora conhecido) se ela puder ser aceita por todos com razões

⁸⁹ GÜNTHER, op. cit., p. 80.

⁹⁰ GÜNTHER, op. cit., p. 93.

⁹¹ GÜNTHER, op. cit., p. 96.

⁹² Nesse sentido, afirma Habermas: “a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais complexa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes. De outro lado, a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativo. Por esta razão, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação”. HABERMAS, 2003, p. 215-216.

⁹³ GÜNTHER, 2004, p. 99.

(fundamentadamente). A análise de todos os sinais característicos de uma situação levará a uma interpretação que seja coerente. A norma a ser aplicável deve ser coerente com todas as outras normas, e da sua coerência derivará a adequação da norma com as circunstâncias especiais. A aplicação, diferente da fundamentação de uma norma, exige sempre a avaliação do contexto que será aplicada.

O ideal de imparcialidade exige que se verifiquem os dois momentos, de fundamentação e de aplicação. Enquanto um concretiza a universalidade no seu sentido universal-recíproco, o outro a concretiza no sentido aplicativo. Assim, tanto a universalização de normas quanto a aplicação de normas se completam, sendo unificadas pelo ideal de imparcialidade. O princípio de universalização, longe de ser dispensado como um ideal utópico, deve estar presente na fundamentação de normas e sempre ser concretizado pela aplicação.

Para esgotar completamente a idéia de imparcialidade, não basta produzir uma norma situacional e coerente quanto à aplicação adequada. Permanece o sentido univresal-recíproco do princípio da imparcialidade, que aponta para além da respectiva situação e, segundo o qual, a validade de uma norma se orienta⁹⁴.

Dessa forma, nos discursos jurídicos de aplicação, é indispensável a verificação do princípio de universalidade, caracterizado por Habermas como possibilidade de uma teoria consensual da verdade, na qual a correção se dá por meio de uma comunidade de intérpretes, que tem seus interesses levados em consideração de maneira imparcial, igual e livre. Assim, se aceita a ideia de que a verdade não está no subjetivismo do agente prolator de uma norma (quer seja de aplicação, quer seja de fundamentação) e sim na correção de um enunciado construído intersubjetivamente.

⁹⁴ GÜNTHER, op. cit., p. 117.

6 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

É possível afirmar que a principal característica da virada linguístico-pragmática é o desenraizamento da verdade no âmbito da realidade. Habermas parte dessa ruptura com o pensamento de verdade como correspondência para chegar a um conceito de verdade como construída discursivamente pela comunidade de intérpretes. Esta verdade habermasiana não parte da natureza, mas sim da produção cultural de uma sociedade, delimitada no tempo e espaço.

Por ter este viés cultural e não “encontrado” no mundo das coisas, a verdade, construída discursivamente, é refutável. Possui uma característica de provisoriedade, na qual, uma verdade aceita em um momento pode ser superada por outra que a refute. A partir dessa constatação, têm-se duas implicações. Primeiramente, nota-se que a verdade é “historicamente construída” e, portanto, contextualizada no tempo e no espaço. A segunda implicação é a de que não há uma verdade inequívoca e incontestável. A verdade é resultado de um consenso que deve ocorrer com o cumprimento de regras que possibilitem uma justificação (dotada de racionalidade e objetividade) com pretensões de universalidade que lhe concedam alguma margem de segurança⁹⁵.

Habermas coloca a situação ideal de fala como aquela na qual todos os falantes cumprem todas as regras discursivas⁹⁶. Entretanto, esta situação ideal de fala é ideal e não real. Nos discursos reais, apenas podemos colocar as regras da situação ideal de fala como balizadoras da racionalidade. Assim, quanto mais a fundamentação de um discurso seguir estas regras, mais racional (ou correto) ele será. Dessa forma, por meio de critérios de correção, é possível separar os argumentos discursivamente “impossíveis” (ou irracionais) e delimitar os argumentos discursivamente necessários⁹⁷.

Uma “teoria consensual da verdade” possui, como condição de possibilidade e de validade, os princípios da igualdade e da liberdade – pois, para a construção de um consenso, é preciso que todos os falantes se reconheçam como livres e iguais entre si –, só podendo, portanto, ser aplicada em Estados Democráticos de Direito.

⁹⁵ TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, 2013, p. 6.

⁹⁶ HABERMAS, Legitimationsprobleme im späkapitalismus, 1973 apud ALEXY, 2013, p. 120.

⁹⁷ TOLEDO, op. cit., p. 7.

Por sua vez, Claudia Toledo⁹⁸ afirma que Alexy procura adotar esta teoria consensual da verdade de Habermas para os discursos jurídicos, reconhecendo que os discursos jurídicos seriam uma espécie (pois possuem limitações no direito vigente) do gênero dos discursos práticos⁹⁹. Portanto, os discursos jurídicos também deveriam ser “fundamentados racionalmente de maneira a satisfazer a pretensão se correção, indispensável à validade do discurso”¹⁰⁰.

Dessa forma, o discurso prático geral é o fundamento para o discurso jurídico, pois ambos possuem a mesma estrutura, sendo apenas que o jurídico é limitado pelo direito vigente, que é composto não apenas pelo direito positivado, mas também pelos princípios, precedentes e doutrina. Dessa forma, “diferentemente do que ocorre no discurso prático *geral*, não se refere à racionalidade de *quaisquer* proposições normativas, mas somente aquelas passíveis de existência dentro do *ordenamento jurídico vigente*”¹⁰¹. Logo, a diferença entre eles está na restrição nas premissas passíveis de fundamentação¹⁰².

Cláudia Toledo aponta que existem críticas para a inserção do discurso jurídico dentro do discurso prático geral. No discurso jurídico que ocorre dentro do processo judicial (no momento de aplicação do direito¹⁰³) os falantes não estão em posição homóloga, pois caberia a decisão apenas ao juiz (em contraposição ao que ocorre no momento da elaboração das leis, no qual o debate democrático pressupõe uma posição de igualdade entre os falantes). Entretanto, Cláudia Toledo afirma que:

⁹⁸ Segundo Cláudia Toledo: “deve-se esclarecer que a expressão *razão prática* em Alexy tem o mesmo significado da expressão *razão comunicativa* cunhada após a reviravolta linguística. Ela é *prática* porque voltada para a práxis, para a ação, mas não como prescritiva *a priori*, no sentido kantiano, e sim *a posteriori*, conforme a Filosofia da Linguagem e, dentro dela, a Teoria consensual da Verdade, pois no seu conceito se insere a dimensão *pragmática* da linguagem, abordando-se os atos de fala também no seu aspecto *ilocucionário*. A razão prática, que é aqui o mesmo que razão comunicativa, representa a *racionalidade para o agir*, racionalidade essa desenvolvida *procedimentalmente* no *discurso*, abrangendo, desse modo, tanto a esfera das relações *intersubjetivas* quando do *sujeito* e só assim formada. Portanto, par Alexy, a *razão é discursiva*”. (...) “todo o pensamento de Alexy está no âmbito da *Filosofia da Linguagem*, situando-se em grande parte, na *Teoria Consensual da Verdade*”. TOLEDO, op. cit., p. 14.

⁹⁹ Para Alexy, dentre as limitações que o direito impõe estão “a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual”. ALEXY, 2013, p. 31.

¹⁰⁰ TOLEDO, 2013, p. 9.

¹⁰¹ TOLEDO, op. cit., p. 16.

¹⁰² Entretanto, para Alexy essa *especialidade* do discurso jurídico em relação ao discurso prático geral não sugere uma subordinação entre direito e moral: “o que faz Alexy é a *inter-relação* entre discursos que considera apenas *distintos*, mas unidos na possibilidade e necessidade de sua *racionalidade*. Entende, portanto, Direito e Moral como *complementares* entre si”. TOLEDO, op. cit., p. 16.

¹⁰³ GÜNTHER, 2004.

a homologia factual entre os participantes não é condição de possibilidade do discurso. A posição de igualdade fática entre os participantes do discurso não possui relevância para a teoria da argumentação ou para a teoria do discurso. O que se exige é que se possa argumentar racionalmente e a situação concreta de uma hierarquia empírica (o fato de ser juridicamente determinada não retira a empiria do direito vigente) entre os falantes não afeta a racionalidade do discurso no sentido do alcance da verdade ou da correção. Caso contrário, não seria possível haver argumentação entre empregadores e empregados, professores e alunos etc¹⁰⁴.

A teoria do discurso de Alexy se fundamenta em uma perspectiva “analítico-normativa”. É analítica, pois trata das estruturas lógicas dos argumentos, e normativa, pois estabelece critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Dessa maneira, a racionalidade do discurso jurídico está intrinsecamente ligada à estrutura lógica de suas fundamentações¹⁰⁵.

Ao elaborar a sua Teoria do Discurso Prático Racional Geral, Alexy dispõe de várias regras argumentativas que permitem auferir um fundamento racional para enunciados normativos. Tais regras, alerta Alexy, não possuem a pretensão de produzir uma certeza discursiva definitiva. As regras do discurso só podem ser cumpridas de maneira aproximada, ainda assim elas servem de parâmetros do ideal de correção, de modo a questionarem fundamentações não racionais¹⁰⁶.

Alexy adota, como uma influência para a criação de sua teoria discursiva, as ideias de jogos de linguagem de Wittgenstein. Embora os jogos de linguagem não possam ser conceituados de maneira exata, Alexy coloca quatro pontos de interesse para uma teoria do discurso prático racional:

(1) O uso descritivo e explicativo da linguagem é apenas um entre muitos possíveis e, portanto, não deve ser visto como o uso autêntico ou essencial da linguagem. Não há, assim, nenhum motivo para reduzir a linguagem normativa à linguagem descritiva ou para considerar a anterior menos importante ou de menor valor do que a última. (2) A lógica (no sentido mais amplo de Wittgenstein) dos jogos de linguagem pode ser entendida mediante a consideração do comportamento não verbal e outras circunstâncias fáticas. (3) Os jogos de linguagem e, portanto, o discurso moral e o jurídico, são atividades regidas por regras. (4) as representações do mundo e as formas de vida subjacentes aos jogos de linguagem não são passíveis de fundamentação e, portanto, não são passíveis de críticas¹⁰⁷.

Nesse último ponto, Alexy diverge de Wittgenstein, pois, para aquele, apesar de realmente não existir nenhuma proposição que exclua algum argumento *a priori*,

¹⁰⁴ TOLEDO, 2013, p. 15.

¹⁰⁵ ALEXY, 2013, p. 31.

¹⁰⁶ ALEXY, op. cit., p. 33.

¹⁰⁷ ALEXY, op. cit., p. 62.

isto não quer dizer que seja possível a fundamentação simultânea de *todos* os argumentos¹⁰⁸. Dessa forma, Alexy (assim como Habermas) não abandona uma ideia de universalidade do discurso moral (ainda que a coloque sobre outro enfoque: de maneira provisória e não absoluta).

Alexy parte do pressuposto que a argumentação prática obedece a certas regras. Apesar de estas regras serem diferentes das usadas nas ciências naturais (de caráter mais descritivo) é possível afirmar que a argumentação prática seja uma *atividade racional*¹⁰⁹.

De acordo com o modelo de fundamentação pragmático-universal (habermasiano) dos discursos práticos racionais (em especial dos normativos) “a validade de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística”¹¹⁰.

Dessa forma, para a verificação da validade de enunciados normativos concretos (determinados no momento da aplicação do direito), é necessária a sua construção por meio de um processo de argumentação que seja capaz de integrar uma verdade consensual. O ideal de correção destes enunciados será alcançado na medida em que promova um diálogo com todos os sujeitos capazes de por eles ser influenciados. Uma argumentação racional se fundamenta na igualdade e liberdade do “outro”. Sendo assim, deve ser construída intersubjetivamente.

¹⁰⁸ ALEXY, op. cit., p. 63.

¹⁰⁹ ALEXY, op. cit., p. 105.

¹¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 184.

7 A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: as modificações do art. 489, §1º, inciso IV, do novo Código de Processo Civil

Segundo Amós Arturo Grajales, o art. 489 do novo CPC é uma norma que transcende a mera literalidade de seus dispositivos. Ele representa uma mudança radical no modo de interpretar o direito¹¹¹.

Na história do direito, o fundamento do poder coercitivo já passou por muitos períodos, desde um fundamento cego na figura mística de uma “autoridade”, passando pela figura da lógica, proposta pelo positivismo, no qual a verdade da lei poderia ser alcançável pela mente do juiz, bastando uma mera atividade silogística.

Atualmente, após a virada linguístico-pragmática, a linguagem passou a garantir a validade das regras. Com isso, saímos de um modelo monológico para um modelo dialético, no qual as relações interpessoais garantem, por meio de uma argumentação racional, a fundamentação do direito.

A fundamentação da sentença não pode ser compreendida apenas pelo argumento de autoridade do órgão prolator, ela exige uma atividade linguística com base em um processo argumentativo¹¹². Para Alexy, este processo está intrínseco ao chamado “discurso prático”¹¹³. O processo argumentativo é essencial ao Estado Democrático de Direito, ante a insuficiência da tradição ou da autoridade como fundamentações¹¹⁴.

Para o novo CPC, motivar a decisão é uma tarefa de justificação¹¹⁵. Segundo Grajales, na cultura latino-americana está arraigado o positivismo jurídico kelseniano, que se norteia em deduções e silogismos para fundamentar a decisão judicial¹¹⁶.

A atividade silogística atribuída aos juízes é herança da desconfiança iluminista na atividade judicial. A revolução francesa que destituiu o poder arbitrário do monarca continuou convivendo com os juízes que representavam o *ancién regime* e suas decisões discricionárias.

¹¹¹ GRAJALES, Amós Arturo. El artículo 489 del Nuevo Código Processual Civil de Brasil y la normatización del nuevo paradigma. In: Fernando Andreoni Vasconcelos e Tiago Gagliano Pinto Alberto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: Análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 70.

¹¹² GRAJALES, op. cit., p. 71.

¹¹³ ALEXY, 2013, p. 210.

¹¹⁴ GRAJALES, 2015, p. 72.

¹¹⁵ GRAJALES, op. cit., p. 72.

¹¹⁶ GRAJALES, op. cit., p. 73.

A atividade jurídica foi então confinada no processo silogístico, no qual a subsunção do fato à norma era atividade lógica e clara a ser aplicada pelos juízes. A atividade judicial estava reduzida na sua mínima atividade criadora¹¹⁷.

A atividade criadora (mas não discricionária) do juiz restou possível por meio das Teorias da Argumentação Jurídica, nas quais, a decisão precisa ser justificada¹¹⁸. Uma teoria discursiva do direito “analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juízes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação”¹¹⁹. Assim o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”¹²⁰.

Há muito que a doutrina processualista amplamente debate sobre a fundamentação da decisão judicial como essencial para um processo de construção democrático e participativo de normas concretas (aplicáveis ao caso).

Fredie Didier separa o fenômeno de atuação dos enunciados normativos no âmbito social em três momentos: “(i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; (ii) o da definição da norma para o caso concreto; (iii) o da execução da norma individualizada”¹²¹. Para ele, dos três momentos, o único em que há monopólio estatal é o da formulação abstrata dos preceitos normativos. Os dois últimos momentos, normalmente são efetivados pelos próprios sujeitos, que naturalmente identificam e executam a norma individual. Entretanto, há casos nos quais a execução da norma individualizada não se desenvolve voluntariamente. Nestes casos é necessária a intervenção estatal por meio do Estado-juiz. Por meio de uma sentença, o Poder Judiciário definirá o conteúdo da norma jurídica individualizada.

Assim, Didier define que

a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente, norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia

¹¹⁷ GRAJALES, op. cit., p. 74.

¹¹⁸ GRAJALES, op. cit., p. 77.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 278.

¹²⁰ HABERMAS, op. cit., p. 278.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>. Acesso em 13/10/2016, p. 1.

*das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material*¹²².

Para DIDIER, a decisão judicial deve ser racional, no sentido de que a motivação deve ser a explicitação de uma decisão baseada num discurso justificativo, que parte de cânones racionais. Entretanto, esta racionalidade não está ligada a uma racionalidade das ciências exatas. A racionalidade da decisão judicial deve atender às regras de validade da argumentação¹²³.

Não basta uma simples aplicação de uma norma geral e abstrata ao caso concreto para a produção de uma norma individualizada. O pós-positivismo ampliou a visão da aplicação do direito para mostrar a complexidade desta atividade, uma vez que não se pode mais pensar na atividade judicial como mera atividade silogística:

*O princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição*¹²⁴

Esta interferência do Estado na atividade de definição da norma individualizada deve ser justificada. Como o convencimento judicial se baseia em um juízo de verossimilhança, ante a impossibilidade de se atingir a verdade real, “impõe-se que o magistrado dê legitimidade à sua tarefa. É aí que surge a necessidade da justificação quanto à formação da sua convicção e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão”¹²⁵.

Didier coloca duas funções para a motivação da decisão judicial. Primeiro, haveria uma função *endoprocessual*, de permitir às partes conhecerem as razões que formaram a convicção do magistrado e, com isto, saber se foi feita uma análise apurada e racional (ou *correta*, sob o ponto de vista habermasiano) do caso concreto. A outra função seria a *extraprocessual*, que permitira o controle da decisão judicial pela “via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada”¹²⁶.

¹²² DIDIER JR, op. cit., p. 2.

¹²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, V.2.10^a**. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 317.

¹²⁴ DIDIER JR., 2016, p. 2.

¹²⁵ DIDIER JR., op. cit., p. 4.

¹²⁶ DIDIER JR., op. cit., p. 5.

Por sua vez, Humberto Theodoro Jr. coloca a necessidade da fundamentação da decisão judicial como decorrência do princípio lógico, que impõe “aos atos e decisões das autoridades públicas uma sustentação racional, de modo que, ao aplicar a lei, sempre delibere dentro da racionalidade”¹²⁷. Além dos princípios processuais (dentre eles a efetivação do contraditório ao dar respostas às alegações das partes), a motivação das decisões judiciais é um imperativo do Estado Democrático de Direito, pois, por meio dela, permite-se à sociedade (como expoente da soberania nacional) o controle da sua racionalidade.

Theodoro Jr. coloca o princípio dialético, como fonte de parâmetro da racionalidade judicial, no qual a razoabilidade de uma decisão seria melhor apurada por meio do debate e argumentação com as partes sobre a melhor aplicação das normas dentro de um ordenamento jurídico:

*No processo, o princípio dialético se realiza por meio do contraditório imposto pela Constituição, e que se traduz na ampla discussão entre as partes e o juiz em torno de todas as questões suscitadas no processo, antes de serem submetidas a julgamento*¹²⁸.

Dessa forma, permite-se a efetiva participação de todos os sujeitos no processo, de modo que a solução judicial possa ser construída tendo em vista diversos “modos de vida”. Assim, a construção da solução judicial com base nos interesses dos envolvidos manifesta a efetivação do princípio de universalização habermasiano¹²⁹.

A autoridade do juiz no comando do processo não se confunde com autoritarismo, pois o magistrado está guiado pelos preceitos do ordenamento e decide após “amplo debate em torno dos fatos e fundamentos jurídicos propostos pelas partes”¹³⁰.

Dentre todos os deveres de fundamentação que o novo CPC atribui aos magistrados, ressalta o do art. 489, §1º, IV: o de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Esta exigência não é necessariamente inovadora, pois muitos doutrinadores já alertavam para esta necessidade argumentativa e muitos magistrados já a aplicavam. Entretanto, a novidade reside na positivação da

¹²⁷THEODORO JR., Humberto. **Teoria Geral do Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento e Processo Comum**, V.I. 56ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

¹²⁸ THEODORO JR., op. cit., p. 77.

¹²⁹ HABERMAS, 1989, p. 86.

¹³⁰ THEODORO JR., 2015, p. 78.

exigência de um discurso argumentativo para a decisão judicial. Ao afirmar que não há sentença sem uma fundamentação que enfrente todos os argumentos deduzidos, o legislador alertou para a necessidade das decisões judiciais saírem de seu isolamento baseado na simples consciência do julgador e atrair todas as partes do processo a um diálogo, de maneira a formar uma decisão conjunta. Inclusive este tem sido o escopo do novo CPC, permeado na regulamentação de todo o processo. Temos como exemplos a necessidade de o juiz dar oportunidade das partes se manifestarem antes de decidir, inclusive quando se trata de matéria de ofício (art. 10º do no CPC) e a criação dos institutos de cooperação e negócios processuais, atraindo as partes para o processo de “recriação” do direito no caso concreto.

Afirmam Didier, Braga e Oliveira que é usual, inclusive no STJ, o entendimento de que:

o julgador não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão¹³¹.

Quando há cumulação de fundamentos e apenas um for suficiente para acolher ou não o pedido, será suficiente a análise de apenas um deles, não precisando o magistrado analisar os demais¹³². Entretanto, alegam os referidos autores que, apesar de correto, muitas vezes este entendimento é mal aplicado.

Para os autores, a questão está em que todos os argumentos devem ser ouvidos pelo juiz. A parte que terá seu interesse prejudicado pela decisão deve ter todos os seus argumentos analisados na fundamentação. O mesmo não precisa ocorrer com todos os argumentos da parte que teve seu pedido reconhecido:

para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos da defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamento da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda¹³³.

¹³¹ STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 594.615, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 20.11.2014, DJe 04.12.2014. Este entendimento se mantém no STJ mesmo com a vigência do novo CPC: “O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), j. em 08.06.2016, DJe de 15.06.2016.

¹³² DIDIER JR., 2015, p. 335.

¹³³ DIDIER JR., op. cit., p. 336.

Entretanto, entende-se erroneamente esta regra para “justificar a desnecessidade de análise das alegações da parte mesmo nos casos em que sua tese foi rejeitada”¹³⁴, ferindo gravemente o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. A supressão da análise de todos os fundamentos da tese vencida é extremamente prejudicial, tendo, inclusive, repercussões nos graus superiores de jurisdição, nos quais o prequestionamento da matéria é exigência para a sua admissibilidade¹³⁵.

Com base nesta necessidade de diálogo processual, o CPC, em seu art. 1.022, parágrafo único, II, reputa omissa, para fins de oposição de embargos de declaração, a decisão que incorra nas condutas descritas no §1º do art. 489.

Tal necessidade de diálogo processual estaria prevista inclusive no caso da intervenção de *amicus curiae*. Uma vez que o objetivo da intervenção do *amicus curiae* seria o de “municar o magistrado com subsídios acerca da questão debatida (art. 138, CPC), a fim de que se possa prestar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade”¹³⁶, a não consideração dos seus argumentos contradiz a própria razão da existência desta intervenção¹³⁷. Assim, coerentemente, o legislador confere ao *amicus curiae* o direito de opor embargos de declaração (art. 138, §1º).

Por sua vez, Alexandre de Freitas Câmara ressalta que a fundamentação das decisões judiciais é uma exigência do Estado Democrático do Direito. O novo CPC não inovou ao elencar algumas¹³⁸ situações nas quais uma decisão judicial se considera imotivada, pois a fundamentação da decisão judicial é imperativo constitucional¹³⁹ e já estava fortemente arraigada na doutrina jurídica pós-positivista.

¹³⁴ DIDIER JR., op. cit., p. 336.

¹³⁵ DIDIER JR., op. cit., p. 337.

¹³⁶ DIDIER JR., op. cit., p. 338.

¹³⁷ Enunciado n. 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do art. IV do §1º do art. 489”.

¹³⁸ Para Câmara: “o dispositivo não diz o que é preciso para se considerar fundamentada uma decisão. Isto é – e continuará a ser – trabalho a ser desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. A técnica legislativa empregada foi outra: o dispositivo diz em que casos a decisão não está fundamentada. E evidentemente a enumeração ali apresentada não é exaustiva. Basta pensar que não se encontra no texto legal a afirmação de que não se considera fundamentada a decisão em que o juiz ou tribunal se limite a apresentar sua conclusão. Ora, é evidente que pronunciamentos que se limitem a dizer algo como “defiro” ou “indefiro” não são fundamentados, e não há dispositivo legal que o diga expressamente. Não há, sinceramente, por que não precisa haver”. CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Fundamentação das decisões judiciais é conquista do Novo CPC**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/06/12/fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-conquista-do-novo-cpc/>. Acesso em: 10/10/2016.

¹³⁹ Art. 93, inciso IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a

Para Câmara, a intenção do novo CPC não foi a de inovar, mas a de positivar um entendimento que, na prática, por vezes não vinha sendo respeitado:

O que se vê no § 1º do art. 489 é uma espécie de “reação legislativa”. A lei processual reage contra práticas comuns no universo das decisões judiciais e que, embora consagradas pelo uso, não são – não podem ser – tidas como capazes de atender à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais¹⁴⁰.

Câmara entende a exigência da fundamentação da decisão judicial como um “mecanismo de legitimação da atividade jurisdicional” uma vez que “não se pode dizer que uma decisão é boa sem que se conheça sua justificativa”¹⁴¹. Dessa forma, parte-se de um pensamento pós-virada linguística para pensar a atividade judicial não como mera subsunção da lei geral e abstrata ao caso concreto, pois a aplicação do direito é essencialmente argumentativa.

A previsão constitucional do art. 93, IX, mais do que um dispositivo, configura um “direito fundamental a uma decisão fundamentada”¹⁴². Como direito fundamental, a fundamentação deve ser apresentada de maneira substancial, e não meramente formal. Ou seja, não basta a apresentação de um “simulacro” de fundamentação, com palavras chaves que podem ser transportadas para qualquer caso concreto:

Afirmações como ‘presentes os requisitos, defere-se a medida’, ou ‘indefere-se por falta de amparo legal’ não são verdadeiras fundamentações, porque não justificam as decisões. Por que se pode considerar presentes os requisitos? E que requisitos são esses? O q significa ‘falta de amparo legal’? Há alguma vedação? Onde está a proibição? Por que ela se aplica ao caso? Nenhuma dessas perguntas é respondida por fundamentações simuladas fictícias, como as que foram indicadas acima¹⁴³.

O princípio do contraditório está intimamente ligado com uma fundamentação substancial (efetiva) na esteira de que um processo dialógico depende da participação de todos os sujeitos do processo de maneira a influenciar no resultado. Assim, a construção de uma decisão “correta” (do ponto de vista argumentativo), passa pelo princípio de universalização habermasiano que exige

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14/10/98.

¹⁴⁰ CÂMARA, 2016.

¹⁴¹ CÂMARA, 2016.

¹⁴² CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 274.

¹⁴³ CÂMARA, op. cit., p. 275.

que todos os participantes possam colocar seus interesses no debate e serem efetivamente ouvidos.

Câmara afirma que um dos requisitos do contraditório é o “direito de ver seus argumentos considerados”¹⁴⁴ e que a verificação da concretização deste direito só ocorre pela leitura da fundamentação da decisão. Dessa intrínseca relação, tem-se que só pode haver um processo com contraditório onde haja uma decisão judicial substancialmente fundamentada.

Ainda, pode-se dizer que os juízes, por estarem na qualidade de agentes estatais (que atuam em nome do Estado Democrático de Direito), precisam ser revestidos de legalidade e legitimidade. A legalidade está prevista no art. 8º do novo CPC:

*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*¹⁴⁵.

Já a legitimidade dos agentes do Poder Judiciário, diferente dos agentes do Poder Legislativo e Executivo que são legitimados democraticamente pela eleição, não é recebida *a priori* pela sociedade e deve, portanto, ser estabelecida *a posteriori*¹⁴⁶. Esta legitimidade posterior do magistrado deve ocorrer *ato a ato*:

*Cada decisão que um juiz ou tribunal profere precisa ser constitucionalmente legitimada. E isto só ocorrerá se cada uma dessas decisões for proferida em conformidade com a Constituição da República. Acontece que isso só pode ser aferido pela fundamentação da decisão judicial. Os fundamentos da decisão, portanto, são elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais*¹⁴⁷.

Cada ato de um agente público deve ser “controlável”, para garantir a sua racionalidade com o ordenamento em que ele está inserido. Este controle dos atos dos agentes públicos nada mais é do que uma delimitação do poder estatal, requisito de um Estado Democrático de Direito que se funde no poder soberano do povo, e não de seus agentes, sob a égide de um ordenamento jurídico.

¹⁴⁴ CÂMARA, op. cit., p. 275.

¹⁴⁵ L. 13.105/2015, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489%C2%A71. Acesso em 14/10/2016.

¹⁴⁶ CÂMARA, 2015, p. 276.

¹⁴⁷ CÂMARA, op. cit., p. 276.

Assim, para Câmara, o parágrafo §1º, do art. 489, do novo CPC, estabelece um “conteúdo mínimo” para a validade de uma decisão¹⁴⁸. Mais especificamente sobre o inciso IV¹⁴⁹, Câmara afirma que este é o elo que liga os princípios do contraditório e o da fundamentação das decisões¹⁵⁰.

Segundo Câmara, o princípio do contraditório¹⁵¹ garante que todos os sujeitos interessados no resultado do processo tenham direito de influenciar na sua solução. Para tanto, não basta o direito a falar, é necessário o direito a ser ouvido¹⁵². Dessa forma, o direitos dos participantes é o de ter seus argumentos considerados no resultado do processo. Câmara afirma que a efetivação deste direito só pode ser fiscalizada se a decisão demonstrar este diálogo com as partes:

Pois só será possível fiscalizar a atuação do juiz – a quem cabe, nos termos do art. 7º, ‘zelar pelo efetivo contraditório’ -, verificando-se se houve efetiva participação das partes, em contraditório, na formação do resultado do processo se todos os argumentos pela parte deduzidos no processo, e que sejam (ao menos em tese) capazes de levar a resultado que à parte favoreça, tiverem sido examinados¹⁵³.

Logo, para que o magistrado decida favoravelmente a uma parte, basta o acolhimento de um de seus argumentos (os demais argumentos são considerados prejudicados), entretanto, este magistrado deverá rejeitar (e fundamentar o motivo) todos os argumentos da parte vencida que sejam, ainda que em tese, capazes de levar a resultado diverso¹⁵⁴. A não consideração de qualquer dos fundamentos

¹⁴⁸ Segundo Câmara: “a enumeração contida no §1º do art. 489, registre-se, é meramente exemplificativa. Outros casos haverá de decisão não fundamentada (bastando pensar, por exemplo, em uma decisão que se limite a dizer algo como ‘defiro’ ou ‘indefiro’, sem qualquer indicação de razões para fazê-lo: FPPC, enunciado 303)”. CÂMARA, op. cit., p. 281.

¹⁴⁹ Não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial que: “IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. L. 13.105/2015, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489%C2%A71. Acesso em 14/10/2016.

¹⁵⁰ CÂMARA, op. cit., p. 279.

¹⁵¹ Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “o juiz, por força da caracterização do direito ao contraditório como direito de influência (arts. 5º, LV, CF, e 9º e 10º, CPC), constitui sujeito do contraditório, tendo dever de debate com as partes (arts. 93, IX, CF, e 11 e 489,§1º, IV, CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493.

¹⁵² CÂMARA, 2015, p. 279.

¹⁵³ CÂMARA, 2015, p. 279.

¹⁵⁴ Marinoni, Arenhart e Mitidiero colocam a distinção entre argumentos relevantes e irrelevantes: “é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão”. MARINONI, 2015, p. 493.

alegados pela parte prejudicada viola o princípio do contraditório¹⁵⁵. Neste sentido é o enunciado 523 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam”.

Cabe ressaltar, ainda que tal necessidade de enfrentamento de todas as alegações deduzidas pelas partes capazes de infirmar a decisão vale, não só para as matérias de direito, como também para as matérias de fato. O magistrado deve promover uma análise de todas as provas que seriam passíveis de invalidar seu entendimento¹⁵⁶.

Desta forma, tamanha a importância de um contraditório substancial dentro da relação processual que Marinoni, Arenhart e Mitidiero colocam a legitimidade da norma individualizada (interpretada, aplicável de maneira individual) à efetiva participação dos sujeitos interessados na sua formação:

Se texto e norma não se confundem (em outros termos, se a norma é resultado da interpretação e não seu objeto), então é evidente que a sua legitimidade está atada à participação das partes na sua formação, o que é realizado pelo direito ao contraditório como direito de influência e aferido pelo dever de fundamentação como dever de debate. A norma jurídica é fruto de uma colaboração entre o legislador e o juiz, de modo que a sociedade civil tem o direito não só de influir no momento da sua formação legislativa, mas também no momento da sua reconstrução jurisdicional¹⁵⁷.

A aplicação do direito aparece como uma atividade de reconstrução do sentido do texto legal. Assim a atividade legislativa deve ser complementada com a “outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários”¹⁵⁸. Neste processo de concretização de normas gerais e abstratas, é fundamental a existência de um processo dialógico, no qual a pretensão de correção de uma decisão possa ser construída, não apenas pelo juiz de maneira individual, mas de forma intersubjetiva com os interessados.

¹⁵⁵ O enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, faz uma ressalva a este entendimento nos casos de utilização de decisão paradigma: “O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.

¹⁵⁶ Neste sentido são os enunciados 515 e 516 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “515. Aplica-se o disposto no art. 489, §1º, também em relação às questões fáticas da demanda” e “516. Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”.

¹⁵⁷ MARINONI, 2015, p. 493.

¹⁵⁸ MARINONI, op. cit., p. 513.

8 CONCLUSÃO

A quebra do paradigma da possibilidade da lógica do sujeito conhecer a verdade dos fatos revolucionou o estudo da filosofia. Com o segundo Wittgenstein (das Investigações Filosóficas¹⁵⁹), a filosofia da consciência foi questionada em suas bases. A impossibilidade da consciência humana de compreender objetivamente o mundo se tornou evidente e abrimos os olhos para nossas próprias limitações.

A linguagem, que até então era mero meio de veicular a verdade alcançada pela nossa lógica individual, passou a ser estudada sob o prisma de sua significação. Isto é, de instrumento, a linguagem passou a ser o próprio objeto da filosofia.

A linguagem não é só meio, como própria raiz do pensar. Pensamos e entendemos o mundo de maneira condicionada. Não conseguimos alcançar a verdade dos fatos, mas tão apenas conseguimos alcançar a nossa representação dos fatos.

Os nossos padrões sociais da linguagem são frutos de um mundo linguisticamente compartilhado. Nosso pensamento é sempre envolto por um “halo” que nos impede de visualizar as coisas para além do que vemos como sendo as suas possibilidades.

Assim, a filosofia da linguagem nos força a sair da nossa confortável subjetividade para aceitarmos a existência do “outro” como portadores de iguais direitos a nós e como influenciadores do nosso próprio pensar (que antes tínhamos como tão particular e individual).

Apesar deste choque de incertezas, jogadas em cima de nós pela filosofia da linguagem, Habermas¹⁶⁰ nos mostra uma possibilidade, não de verdade, mas de correção. Uma correção contingente e circunstancial, porém, ainda assim um farol balizador.

Apesar de nossas certezas individuais serem “manchadas” de influências e preconceitos, é possível alcançarmos uma verdade consensual, na qual, ao reconhecer o outro como igual e livre, podemos dialogar para formarmos, provisoriamente, sentenças aceitáveis por uma comunidade de intérpretes. Assim, ao “construirmos” uma verdade, podemos, juntos, verificar as diversas possibilidades

¹⁵⁹ WITTGENSTEIN, 2014.

¹⁶⁰ HABERMAS, 2004.

factuais que não seriam individualmente consideradas por nosso intelecto limitado linguisticamente. Saímos do monopólio mentalista de uma racionalidade “pura”, para alcançar uma racionalidade intersubjetiva.

A pretensão de um discurso racional é válida na medida em que nos aproximamos de uma “situação ideal de fala”. Pelo princípio da universalidade proposto por Habermas, esta situação ideal de fala é aquela na qual uma norma (e suas consequências) possa ser aceita por todos para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo¹⁶¹. Para tanto, é necessário que o discurso seja construído argumentativamente de maneira em que todos os participantes possam se manifestar livremente, sem coerção.

O rompimento com a noção clássica de verdade como correspondência afetou não apenas a filosofia, mas também o direito.

Paralelamente às correntes filosóficas, as correntes jurídicas também seguem as mudanças sociais e morais da sociedade. No paradigma da consciência, no qual se acreditava ser possível uma análise objetiva (pura) entre sujeito e o seu objeto de estudo, o positivismo jurídico ganhou força ao tentar “limpar” o direito de suas influências externas¹⁶².

Entretanto, este direito “puro” apenas mascarava as suas reais influências. Verificou-se que o direito positivo não conseguia delimitar todas as suas hipóteses de aplicação devido à imprecisão da linguagem (já visualizada por Wittgenstein¹⁶³). Assim, por meio das lacunas e dúvidas quanto à aplicação da lei, “brotava” do jurista as influências oprimidas pelo positivismo jurídico. Tais “afloramentos”, por serem mascarados, não eram limitados pelo ordenamento. O positivismo, que previa uma limitação autoritária da atividade judicial, acabava por permitir uma liberdade irrestrita nos momentos de imprecisão linguística.

Klaus Günther nota que tais imprecisões do texto normativo nada mais são do que manifestações da nossa consciência condicionada linguisticamente. No momento da elaboração das normas jurídicas não é possível prevemos todas as situações de aplicação, pois nossas concepções não permitem um conhecimento do todo¹⁶⁴. Como diria Wittgenstein:

¹⁶¹ ALEXY, 2013, p. 120.

¹⁶² Refiro ao positivismo jurídico como abordagem avaliativa do direito. BOBBIO, 1995, p. 135.

¹⁶³ Neste sentido, Wittgenstein fala da “aspereza” dos jogos de linguagem. WITTGENSTEIN, 2014, p. 70.

¹⁶⁴ GÜNTHER, 2004, p. 73.

mesmo supondo que eu tenha encontrado algo que ocorrera em todos aqueles casos de compreensão, - por que isto deveria ser a compreensão? Sim, como é que o processo da compreensão pode estar escondido, se eu de fato disse 'agora compreendo', porque compreendi?! E se digo que ele está escondido, - como sei, pois, o que tenho de procurar? Estou confuso¹⁶⁵.

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguirem prever todas as situações de aplicação não significa que a ideia de validade não possuiria mais sentido. Dessa forma, ao aceitar nossa racionalidade contingente, Günther¹⁶⁶ propõe uma aplicação fraca do princípio habermasiano de universalidade no qual se desiste da intenção de conhecer antecipadamente todas as situações que uma norma seja aplicável. Apesar de ter uma pretensão de universalidade que garante validade à fundamentação de uma norma abstrata, deve-se complementar esta universalidade no momento da aplicação, pois só diante de uma situação concreta e com o diálogo com os participantes podemos analisar todas as suas características.

A versão forte do princípio habermasiano de universalidade fica assim restrito a uma única hipótese de aplicação, na qual são examinadas todas as suas características (e não a uma aplicação abstrata de todas as hipóteses de aplicação). Apesar de, mesmo assim, não conseguirmos analisar *todas* as características de uma situação, por meio de uma argumentação racional podemos “recontextualizar” a validade de uma norma abstrata.

Neste processo de “recontextualização”, quanto maior o debate e participação dos sujeitos interessados, melhor se situa a norma em um momento determinado, com concepções morais variadas. Assim, temos o “ônus argumentativo” de “recontextualizar” a norma a todos os referenciais de uma situação, por meio da criação de um discurso racional em que os participantes são livres para expressar suas opiniões.

A construção intersubjetiva de um enunciado aproxima-se ao ideal de correção exigido por uma teoria consensual da verdade. As “situações ideais de fala” de Habermas, apesar de serem apenas ideais, permitem um parâmetro para a racionalidade de uma decisão¹⁶⁷.

Partindo do ponto de vista da virada linguístico-pragmática, Alexy adota o discurso jurídico como espécie do gênero dos discursos práticos¹⁶⁸. Apesar do discurso jurídico possuir limitações no direito vigente, ele continua sendo uma forma

¹⁶⁵ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 87-88.

¹⁶⁶ GÜNTHER, 2004, p. 66.

¹⁶⁷ HABERMAS, *Legitimationsprobleme im späkapitalismus*, 1973 apud ALEXY, 2013, p. 120.

¹⁶⁸ ALEXY, 2013, p. 279.

especial de discurso prático e, por isso, deve estar atento aos seus pressupostos. Assim, uma teoria da decisão judicial não pode estar desligada das mudanças filosóficas.

Alexy coloca para os discursos jurídicos o mesmo requisito de fundamentação racional dos discursos práticos gerais¹⁶⁹. Uma decisão judicial não pode estar alheia à necessidade de universalidade que lhe garantirá racionalidade¹⁷⁰. Apesar de o magistrado estar numa posição de decisão e condução do processo, isso não lhe retira o ônus argumentativo. Racionalmente, todos os sujeitos do processo devem estar em situação de igualdade (no sentido de manifestação livre e sem coerções). Dessa forma, as teorias discursivas são de grande importância para a racionalidade de uma argumentação judicial construída intersubjetivamente.

O art. 489, do novo CPC, representa a positivação de uma mudança estrutural na maneira de pensar a aplicação do direito. Mais do que uma norma processual ela traz uma racionalidade jurídica diversa da exigida pelo código anterior. Tal mudança ajuda a enquadrar o processo civil dentro da ótica do pós-positivismo, ultrapassando mitos dogmáticos de uma atividade judicial como simples aplicação silogística da lei.

Este artigo, especialmente em seu inciso IV, §1º¹⁷¹, propõe uma construção da solução judicial com base nos interesses dos envolvidos, manifestando a efetivação do princípio de universalização habermasiano¹⁷².

O dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador não é um dever inovador. Muitos doutrinadores já alertavam para esta necessidade argumentativa e muitos magistrados já a aplicavam. Entretanto, a novidade reside na positivação da exigência de um discurso argumentativo para a decisão judicial. O legislador reforça a necessidade das decisões judiciais saírem de seu isolamento baseado na simples consciência do julgador e atrair todas as partes do processo a um diálogo, de maneira a formar uma decisão conjunta.

¹⁶⁹ ALEXY, 2013, p. 279

¹⁷⁰ TOLEDO, 2013, p. 9.

¹⁷¹ Não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial que: “IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. L. 13.105/2015, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489%C2%A71. Acesso em 14/10/2016.

¹⁷² HABERMAS, 1989, p. 86.

O esforço legislativo está em trazer uma prática condizente com os princípios pós-positivistas. A virada linguístico-pragmática exige que a atividade judicial não seja pensada como mera subsunção da lei geral e abstrata ao caso concreto, vez que a aplicação do direito passa a ser vista como essencialmente argumentativa.

Em um processo de concretização de normas gerais e abstratas, é fundamental a existência de um processo dialógico, no qual a pretensão de correção de uma decisão possa ser construída, não apenas pelo juiz de maneira individual, mas de forma intersubjetiva com os interessados.

O dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, conecta os princípios do contraditório e o da fundamentação das decisões¹⁷³.

Assim, o princípio do contraditório está intimamente ligado a uma fundamentação substancial (efetiva) na esteira de que um processo dialógico depende da participação de todos os sujeitos do processo de maneira a influenciar no resultado. A construção de uma decisão “correta” (do ponto de vista argumentativo), passa pelo princípio de universalização habermasiano que exige que todos os participantes possam colocar seus interesses no debate e serem efetivamente ouvidos.

¹⁷³ CÂMARA, 2015, p. 279.

9 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Fundamentação das decisões judiciais é conquista do Novo CPC**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/06/12/fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-conquista-do-novo-cpc/>. Acesso em: 10/10/2016.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, V.2**. 10ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR. Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>. Acesso em 13/10/2016.
- GRAJALES, Amós Arturo. **El artículo 489 del Nuevo Código Processual Civil de Brasil y la normatización del nuevo paradigma**. In: Fernando Andreoni Vasconcelos e Tiago Gagliano Pinto Alberto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: Análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GUEST, Stephen. **Two strands in Hart's theory of law**. In: Stephen Guest (Org.). *Positivism Today*. England: Dartmouth, 1996.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- _____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KOZICKI, KÁTIA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. In: Direito, Estado e Sociedade. N. 34. Jan-jun. 2009.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- THEODORO JR., Humberto. **Teoria Geral do Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento e Processo Comum**, V.I. 56ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 9ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.